Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Paul Scheer,
Kammergerichtsreferendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904.

Seinem lieben Onkel

Seehaus-Neuhof

in Dankbarkeit

gewidmet.

Disposition.

A. § 1. Einleitung:
   a) Handelsrecht und bürgerliches Recht.
   b) Abgrenzung des Themas. S. 13—19.

B. Ausführung:

Teil I.

Die Besonderheiten des Handelskaufes bezüglich der zu gewährenden Eigenschaften der Ware.

§ 2. Die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes beim Kaufe nach bürgerlichem Recht. S. 20—22.

Die Usanze.

§ 3. Allgemeines. S. 22—29.

§ 4. Die Usanze beim 1-seitigen Handelskauf. S. 29—30.

§ 5. Historisches. S. 30—33.

§ 6. Die Wirksamkeit der Usanze bezüglich der Qualitätsbestimmung der zu liefernden Ware
   a) bei Waren
   b) bei Wertpapieren. S. 33—42.

§ 7. Handelsgut. S. 42—48.

§ 8. Die Klausel „tel quel". S. 48—55.

Teil II.

Die Besonderheiten des Handelskaufes bezüglich der beiderseitigen Rechte und Pflichten bei Lieferung mangelhafter Ware.

§ 9. Die Rechte des Käufers bei mangelhafter Lieferung nach B.G.B. S. 56—57.

a) Die Rügepflicht.

§ 10. α) Allgemeines.
β) Historisches. S. 57—60.

1. Die Voraussetzungen der Rügepflicht.

§ 11. Die Rügepflicht beim Kauf nach bürgerlichem Recht und H.G.B. S. 60—62.

§ 12. Die Rügepflicht beim ein-seitigen Handelskauf S. 62—63.

§ 13. Die Ablieferung. S. 63—65.

§ 14. Die Pflicht zur Annahme der übersandten mangelhaften Ware. S. 65—67.

§ 15. Die Pflicht zur Aufbewahrung der übersandten und beanstandeten Ware. S. 67—73.

§ 16. Das Recht des Notverkaufes der aufbewahrten Ware. S. 73—77.

2) Die Mängelrüge selbst.

§ 17. Untersuchungs- und Anzeigepflicht.
α) Allgemeines.
β) Die Untersuchungspflicht.
γ) Die Anzeigepflicht. S. 77—110.

§ 18. Die Rügepflicht bei Lieferung eines „aliud“ und einer „andern Quantität“. S. 110—113.

b) Die Gewährschaftsrechte.

§ 19. Die Gewährschaftsrechte und Erweiterungen und Einschränkungen in der Geltendmachung derselben, insbesondere

Das Recht des Verkäufers

α) auf Nachlieferung

β) auf Nachbesserung

und γ) Beschränkungen beim Kauf „nach Besicht". S. 113—122.

§ 20. Beanstandung eines Teiles der Ware. S. 122—123.

§ 21. Die Rechte des Käufers bei Beanstandung wegen Lieferung eines „aliud" oder einer „andern Quantität". S. 123—127.

§ 22. Die Anzeigepflicht des Verkäufers bei Nichtanerkennung der Beanstandung. S. 127—129.

§ 23. Schiedsgerichte. S. 129—130.

§ 24. Verjährung der Gewährschaftsrechte. S. 131—136.

§ 25. Dolus des Verkäufers. S. 136—137.

§ 26. Börsentermingeschäfte. S. 137—138.

§ 27. Verschiedenes. S. 138—139.

§ 28. Der Handelsviehkauf. S. 139—141.

C. Schlussbemerkung:

Die Rügepflicht bei der Einkaufskommission. S. 142—146.

Litteratur.

1. Abraham: Die hanseatische Rechtsprechung auf dem Gebiete des Handels-, Versicherungs-, Wechsel- und Seerechts.
2. Anschütz-v.-Völderndorf: Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Erlangen 1874, citiert Anschütz.
3. Archiv für die civilistische Praxis. Cit. Archiv.
4. Assmann: Die unbestellten Zusendungen. Berlin 1901.
5. Boden: Die Klausel „tel quel" in Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 51. Cit. Boden.
6. Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Cit. Bolze.
7. Busch: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Cit. Busch Archiv.
8. Conze: Kauf nach hanseatischen Quellen. Bonn 1889. Cit. Conze.
9. Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1900. 5. Aufl. Cit. Cosack H. R.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band II. Jena 1900. Cit. Cosack brgl. R.

10. Danziger Handelsgebräuche Gutachten des Vorsteheramts der Kaufmannschaft zu Danzig über Gebräuche im Handelsverkehre. Danzig 1901.

11. Dickel: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines H. G. B. Berlin 1897. Cit. Dickel.

12. Dove-Apt: Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft über Gebräuche im Handelsverkehr. Berlin 1900. Cit. Dove-Apt.

13. Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. I 1899, Bd. II 1900, Bd. III 1904.

14. Endemann: Handbuch des Handelsrechts. Berlin 1899. 6. Aufl. Cit. Endemann Hdbch.

15. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Cit. R. G.

16. Entscheidungen des Reihsoberlandesgerichts. Cit. R. O. H. G.

17. Fuchsberger: Sämtliche Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts. Giessen. 3. Aufl. Cit. Fuchsberger Entsch.

18. Gareis: Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1899. 6. Aufl. Cit. Gareis H. R.

Gareis: Kommentar zum H.G.B. München 1898. Cit. Gar eis K.

Gareis: Das Stellen zur Disposition. Würzburg 1870, Cit. Gareis D. St.

19. Gareis-Fuchsberger: Das Allgemeine

deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891. Cit. Gareis-Fuchsb.

20. Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Erlangen. 1874 und 1883. 2. Aufl. Cit. Goldschmidt Hdbch.

21. Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Cit. Z. H. R.

22. Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutchen Rechts. Herausgegeben von Rassow und Küntzel. Cit. Gruchot.

23. v. Hahn: Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuche. Braunschweig 1876. 2. Aufl. 2. Lieferung; 3. Lieferung 1881. Cit. v. Hahn.

24. Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1883. Cit Hanausek.

25. Handelsgebräuche im Grosshandel und Schiffahrtsverkehre in Magdeburg. Festgestellt von den Ältesten der Kaufmanschaft zu M. Cit. Magd. Us.

26. Heise u. Cropp: Juristische Abhandlungen. Band I. Hamburg 1827. Cit. Heise.

27. Hentschel: Die Mängelrüge nach dem deutschen Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897. Greifswalder Dissertation 1899.

28. Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs. Jena 1901. Cit Jacobi.

29. Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1901. Cit. Lehmann.

30. Makower: Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1893. Cit. Makower.

31. Materialien zum Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich und dem Einführungsgesetze. Berlin 1897. Cit. Mat.

32. Motive zum Entwurf eines B.G.B. Band II. Cit. Mot.

33. Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Beriln 1899. Cit. Oertmann.

34. Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1900. Cit. Planck.

35. Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Cit. Prot. A.D.H.G.

36. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Cit. Prot. B.G.B.

37. Puchelt: Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Leipzig 1894. 4. Aufl. Cit Puchelt.

38. Riesenfeld: Breslauer Handelsgebräuche. Breslau 1900. Cit. Riesenfeld.

39. Saling: Die Börsenpapiere Teil I. Berlin 1903. Cit. Saling I.

40. Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Cit. Seufferts Archiv.

41. Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuche. Band II. Berlin 1900. 6. u. 7. Aufl. Cit. Staub.

42. Thöl: Das Handelsrecht Leipzig. Cit. Thöl.

43. Waage: Handelsgebräuche im Getreide-, Saaten-, Düngemittel und Futtermittelhandel an den Hauptplätzen des deutschen Reichs. Berlin. Eigenverlag des Verfassers. Erschienen 1902. Cit. Waage.

44. Windscheid: Pandekten. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900. Cit. Windscheid.

Die römischen Ziffern bedeuten die Bandzahl, die arabischen die Seitenzahl.

A. Einleitung.

§ 1.

Handelsrecht und bürgerliches Recht. Abgrenzung des Themas.

a) Das Handelsrecht ist ein Sonderrecht der Handelsgeschäfte, des Handelsstandes, welches den besondern Verhältnissen des Handelsverkehrs gegenüber dem gewöhnlichen privaten Güteraustausch der Nichtkaufleute Rechnung tragen soll. Denn zum Teil sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts für den Handel in seiner reichen Mannigfaltigkeit zu ungefüge, zu unbeweglich oder es bilden sich im Handelsverkehre Abarten und ganz neue Formen von Geschäften aus, die im bürgerlichen Verkehre nicht vorkommen, sodass sich der Handel ein besonderes Recht schaffen muss für diese Institute. Das starre bürgerliche Gewand beengt ihn zu sehr, und so webt er sich ein eigenes schmiegsameres Kleid, das seinen vielgearteten Bewegungen besser nachgiebt.

Freilich bleibt im Allgemeinen, soweit das Handelsrecht eine Frage überhaupt nicht regelt, das bürgerliche Recht massgebend, es füllt alle Lücken des „bewusst unvollständigen“ Handelsrechts aus.

Die Zahl der Sondernormen ist nun in den verschiedenen Zeitabschnitten eine sehr verschiedene je nach der Ausdehnung des Handels und je nach dem Masse, in dem schon das allgemeine bürgerliche Recht den Bedürfnissen des Handels entspricht. So hatten sich im römischen Recht nur einige wenige Sonderbestimmungen für den Handel ausgebildet, weil dieses unter weitester Benutzung fremdländischen Rechts und unter steter Fortbildung sich den Verkehrsbedürfnissen anpasste. Es herrschte bei den römischen Gesetzgebern das Bestreben, nicht Sondervorschriften für eine bestimmte Klasse von Personen oder Geschäften aufzustellen, sondern das bürgerliche Recht so weitsichtig und reich auszustatten, dass der grosse internationale römische Welthandel keine Lücke fand, sondern für alle seine Bedürfnisse gesorgt sah.[1] In weit geringerem Masse war das in unserem deutschen Rechte der Fall.

Die innere Notwendigkeit eines besonderen Handelsrechts ergab sich, als das ursprünglichste und häufigste aller Handelsgeschäfte, der Kauf, eine umfangreiche, handelsmässige Ausdehnung annahm und der Grosshandel sich entwickelte. Die Frage, welche Pflichten hat der Verkäufer bezüglich der zu prästierenden Eigenschaften der Ware, welche Rechte und Pflichten ergeben sich für den Käufer, wenn der Verkäufer nicht kontraktmässig liefert, diese Grund- und Kapitalfragen finden bald eine in manchen Punkten vom bürgerlichen Recht abweichende Beantwortung. Das Handelsrecht schlägt eine andere Richtung ein oder vielmehr es läuft

1) cf. Goldschmidt, Hdbch., I, S. 366/7, Anm.

dem bürgerlichen Recht voraus und wird diesem ein Wegweiser für die Bahnen, welche es zu wandeln hat. Denn sobald mit steigender Kultur, mit der Verbesserung der Verkehrsmittel, mit einer steigenden Entwickelung des gewerblichen Lebens die einzelnen Menschen einander näher gebracht werden, mit einander vielmehr in geschäftliche Berührung kommen und der Einzelne sich auf den Nachbar mehr verlassen muss, als in früherer starrer Abgeschlossenheit, da nimmt auch der ganze bürgerliche Güteraustausch einen freieren Charakter an, und die Sonderbestimmungen des Handels durchdringen mit ihrer ratio auch die bürgerlichen Rechtsgrundsätze; auch der Nichtkaufmann nimmt nach und nach etwas vom habitus des Kaufmanns an. Die handelsrechtlichen Ideen üben eine gewisse Attraktionskraft aus, sie wirken zurück auf die Anschauungen der Nichtkaufleute, und das bürgerliche Recht verfällt einer gewissen „Kommerzialisierung". Auch unser BGB. zeugt von einer solchen in vielen und wichtigen Punkten.[1]

Grade der Umfang der Leistungspflicht des Verkäufers ist im bürgerlichen Kauf und Handelskauf ein derart nahezu gleicher geworden, dass seit dem Inkrafttreten des BGB. und HGB. 2 nur noch geringe Unterschiede in der rechtlichen Behandlung vorhanden sind und daher auch die Aufgabe, welche das vorliegende Thema stellt, in der Behandlung nur weniger Besonderheiten besteht.

b) Das Thema beschränkt sich auf Sachmängel,

1) cf. Riesser: Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Stuttgart 1894.

besser gesagt Qualitätsmängel, welche in einem Manko in der vertragsmässigen Beschaffenheit einer körperlichen Sache bestehen.[1] Daher scheiden bei der Erörterung aus die Rechtsmängel, welche darin bestehen, dass der objektive Bestand des Rechts, den der Verkäufer zu prästieren hat, gemindert oder ganz aufgehoben ist. Ferner scheidet aus alles, was nicht Sache ist; denn mit physischen Mängeln kann nur etwas Körperliches behaftet sein.

Eine scheinbare Ausnahme machen hier die Wertpapiere insofern, als bei ihnen in der Wissenschaft und Praxis von Sachmängeln gesprochen wird, obgleich das unlogisch zu sein scheint, da beim Kauf von Wertpapieren etwas Unkörperliches, nämlich ein Recht gekauft wird und Sachmängel nur bei körperlichen Sachen vorkommen können. Aber mit dem Recht wird als integrierender Bestandteil die Urkunde gekauft, an deren Innehabung die Verwertung des Rechts geknüpft ist. Dieses Papier als etwas Körperliches kann natürlich physische Fehler haben, und diese können die Verwertbarkeit des Rechts durch Weiterbegebung beeinträchtigen, ohne dass das Recht selbst in seinem Bestehen gemindert wäre. Bei den Wertpapieren nun, welche Gegenstand eines lebhaften Kaufverkehres sind, die also hauptsächlich zum weiteren Umsetzen da sind rückt das Papier, die schriftliche Urkunde, derart in den Vordergrund, dass sie „als solche" Gegenstand des

1) Hanauseck, I, S. 2, Anm. 3, unterscheidet sehr treffend „Mängel" = jedes rechtlich relevante Fehlen einer Eigenschaft der Kaufsache, „Fehler" = ein schon ex lege vom Verkäufer zu vertretender Mangel.

Kaufes bildet[1] und gradezu als materieller Wertträger angesehen wird, der seinen Wert nicht in einer juristischen Fiktion, sondern in seinem eigenen σῶμα hat. Dieser Gedankengang kann uns berechtigen, von Sachmängeln auch bei Wertpapieren zu reden, obgleich, wohlgemerkt, hier ein Recht gekauft wird.

Sodann kommt nur in Betracht der Handelskauf im „technischen Sinn", das ist ein nach Handelsrecht zu beurteilender Kauf über Waren[2] und Wertpapiere.[3] Dem gegenüber steht der Kauf nach bürgerlichem Recht und der Kauf, welcher zwar auch ein Handelsgeschäft darstellt, aber kein Handelskauf ist, weil er nicht auf Waren und Wertpapiere geht; so z. B. wenn es sich handelt um den Umsatz von Grundstücken, den Kauf eines Nachlasses (BGB. § 312), einer Erbschaft (BGB. § 2371), einer Hypothek. Hier kann zwar auch ein Handelsgeschäft vorliegen, aber nicht finden auf ihn die speziellen §§ 373—382 des Handelsgesetzbuches Anwendung. Diese Art Kauf sei bei späterer Erwähnung Handelskauf im „weiteren Sinne" genannt.

Ob der hier in Betracht kommende Handelskauf ein einseitiges oder zweiseitiges Handelsgeschäft ist, ob

---

1) Vergl. Mot. S. 110.

2) Waren können nur bewegliche Sachen (HGB. 2, § 1[II]) sein, welche des Umsatzes natürlich und rechtlich fähig sind (Goldschmidt, Hdbch. I, 2, S. 526). Daher nicht unbewegliche, nicht die „freien Güter", welche keinen Tauschwert, wenn auch einen Gebrauchswert haben, ferner nicht die beweglichen Sachen, deren Umsatz kraft positiven Rechtssatzes verboten ist. Vergl. Goldschmidt, Hdbch. I, 1: Die Ware.

3) Vergl. über Wertpapiere Gareis, HR., S. 490, 1; Jacobi, Brunner in Endemanns Hdbch., II.

der Käufer Kaufmann oder der Verkäufer ein solcher ist, darauf kommt es nicht an, nur muss ein Handelsgeschäft vorliegen und Kaufgegenstand eine Ware oder Wertpapier sein.

Auch der Lieferungsvertrag gehört hierher; dieser wird schon nach BGB. und wurde es auch früher schon nach dem alten Handelsgesetzbuche Art. 338 — entgegen dem preussischen Recht — als Kauf behandelt. Ein solcher Vertrag liegt vor, wenn Gegenstand des Vertrages ist Verschaffung des Eigentums einer Ware, die der Verkäufer zu diesem Zwecke selbst erst besonders anschaffen muss.[1] Ferner kann auch ein Handelskauf sein der Werklieferungsvertrag, ein Vertrag, in dem sich jemand verpflichtet, eine Ware herzustellen aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe. Nach BGB. § 651[I] wird ein solcher Vertrag nur dann als Kauf behandelt, wenn es sich um die Herstellung einer „vertretbaren" Sache handelt. Als Handelskauf gilt aber ein solcher Werklieferungsvertrag auch dann, wenn die herzustellende bewegliche Sache (Ware) eine unvertretbare ist, vorausgesetzt natürlich, dass der Vertrag ein Handelsgeschäft darstellt (HGB. 2 § 381[II]). Diese Bestimmung bedeutet eine Erweiterung gegenüber dem Artikel 338 des alten Handelsgesetzbuches, nach dem die Vorschriften über Handelskauf nur dann Anwendung fanden, wenn es sich um eine Quantität „vertretbarer" Sachen handelte. HGB. 2 § 381[II] sagt zwar nur, es „finden die Vorschriften über Handelskauf „Anwendung", aber man kann doch wohl dieses gemischte Geschäft völlig als Handelskauf

1) Staub, II, S. 1245.

gelten lassen; sodass auch die eingreifenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Kauf Anwendung finden.[1]

Das Wort Gewährleistung bedeutet schlechthin Verbindlichkeit, Haftung, und zwar in dem doppelten Sinne von Verpflichtung zur Gewährung bestimmter Eigenschaften und dann auch in dem Sinne von Haftung für Erfüllung dieser Verpflichtung.[2]

Das Thema zerlegt sich somit in zwei Teile: Erstens, welche Eigenschaften der gekauften Ware hat der Verkäufer zu prästieren, und zweitens, welche besonderen Rechte und Pflichten entstehen für beide Kontrahenten bei Lieferung einer vertragswidrigen Ware?

Die Besonderheiten haben sich abzuheben gegen den Kauf nach bürgerlichem Recht und den Handelskauf im „weiteren Sinne".

---

1) Ebenso Staub, II, S. 1245, Anm. 6; Oertmann zu § 651. Vergl. Mot., S. 110.

2) Vergl. hierzu Endemann, Hdbch. II, S. 665, Anm. 3 und Windscheid, § 391, Anm. 1.

B. Ausführung.

Teil I.

Die Besonderheiten des Handelskaufes bezüglich der zu gewährenden Eigenschaften der Ware.

§ 2.

Die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes beim Kaufe nach bürgerlichem Recht.

Die Bestimmungen, welche das BGB. bezüglich der zu gewährenden Eigenschaften des Kaufgegenstandes trifft, sind nur sehr spärlich und zwar sowohl zur Ausfüllung etwaiger Lücken für den Fall, dass beim Kaufabschlusse nähere Abmachungen über die Qualität der zu liefernden Sache getroffen sind, als auch bei gänzlicher Ermangelung solcher vertragsmässigen Bestimmungen zur genauen Festsetzung der Verpflichtungen des Verkäufers.

Im ersteren Falle, bei vertragsmässiger Normierung, muss die Kaufsache so beschaffen sein, wie es zwischen den Parteien vereinbart ist; unter allen Umständen müssen die vom Verkäufer ausdrücklich zugesicherten

Eigenschaften — dicta et promissa — vorhanden sein.[1] Bezüglich dieser werden keine Zweifel entstehen können. Bereiten sonst nicht scharf genug formulierte und misszuverstehende Vertragsabmachungen Schwierigkeiten in der Auslegung, so ist nach Treu und Glauben zu verfahren und die Verkehrssitte zu berücksichtigen,[2] und zwar ist bei der Interpretation der getroffenen Abmachungen der wirkliche Wille der Parteien zu erforschen, und ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.[3]

Ferner darf die Kaufsache nicht mit Fehlern behaftet sein, welche „den Wert oder die Tauglichkeit zu dem . . . . nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern;“[4] denn der Verkäufer muss hier wissen, dass das Freisein von solchen Mängeln, die den Zweck, zu dem die Sache gekauft ist, vereiteln würden, dem Käufer eine condicio sine qua non ist, und es wäre gegen Treu und Glauben, wollte sich der Verkäufer einer solchen Verpflichtung, die ihm gewissermassen durch stillschweigende Einigung auferlegt ist, entziehen.

Sind gar keine näheren Eigenschaften beim Vertragsabschlusse ausbedungen, so ist, wenn keine species-Sache gekauft wird, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu liefern.[5] Ausserdem bestimmt das BGB. hier noch, dass die Sache nicht mit Fehlern behaftet sein

---

1) BGB. § 459 II.
2) BGB. § 242.
3) BGB. § 133.
4) BGB. § 459 I.
5) BGB. § 243 I.

darf, welche „den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche aufheben oder mindern.“ [1] Ein bestimmendes Moment ist auch hier Treu und Glauben und die Verkehrssitte, sonst haben wir für den Kauf nach bürgerlichem Recht keine gesetzlichen Bestimmungen, die für Einzelfälle ausführlichere und weniger allgemein gehaltene Angaben enthielten.

Die Usanze.

§ 3.

Allgemeines.

Ein anderes viel lebhafteres Bild bietet uns der Handelskauf. Auch dieser findet, wie schon in der Einleitung bemerkt, seine Grundlage im BGB. Von welcher Beschaffenheit die Ware, welche verkauft wird, sein muss, bestimmt, wenn keine besonderen Abmachungen getroffen sind und nicht die wenigen Spezial-Paragraphen über Handelskauf oder Handelsgewohnheitsrecht eingreifen, das bürgerliche Recht.

Auch die Auslegungsregeln, welche für die betreffenden Paragraphen des BGB. über Sachmängel gelten, passen hier im Allgemeinen ebenfalls. Sie finden aber nur insoweit Anwendung, als der Handel sich nicht besondere Interpretationsnormen für die mannigfachen Formen und Modalitäten seines Kaufverkehrs ausgebildet hat, die den speziellen Verhältnissen des Handelsverkehrs Rechnung tragen. Hier erscheint in ihrem gewaltigen Wirkungskreise die Usanze, welche

1) BGB. § 459 I.

dem Handelskaufe gegenüber dem bürgerlichen Kaufe und dem Handelskaufe „im weiteren Sinne“ von vornherein eine gewisse Bestimmtheit in der Ausführung und somit seine Eigenheit giebt. Die Usanze ist der nie versiegende Born, aus dem der Handel schöpft; sie ist auch für die vorliegende Arbeit von so weit reichender Bedeutung, dass sich ein näheres Eingehen auf sie benötigt.

Die Usanze ist nicht objektive Norm, sie darf nicht dem Handelsgewohnheitsrecht gleichgestellt werden, wenn auch die Grenzlinie zwischen beiden vielfach nicht genau wird gezogen werden können, da das Handelsgewohnheitsrecht meistens ein vorgeschrittenes Stadium im Entwicklungsgange der Usance darstellt. Denn sobald eine bestimmte Anschauung, eine tatsächliche Übung im Handelsverkehr den Erfordernissen genügt, welche zur Anerkennung als Gewohnheitsrecht nötig sind, wird diese Usanze eben zum Handelsgewohnheitsrecht. Als besonderes Unterscheidungsmerkmal wird die opinio juris aufgestellt, welche beim Handelsgewohnheitsrecht vorhanden sein muss. Dieses — als objektive Rechtsnorm — kommt zur Anwendung, auch ohne dass die Parteien es gewollt haben, wenn es nicht grade durch entgegenstehende Vereinbarungen ausgeschlossen ist. Das Handelsgewohnheitsrecht hat, soweit es Reichsgewohnheitsrecht ist auch derogierende Kraft.[1]

Diesem Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle sind also gegenüberzustellen die Usanzen.

1) A. M. Staub, I, S. 8, Anm. 21/22 u. zu § 346, Anm. 10, der auch partikuläres Gewohnheitsrecht gegenüber dem Reichsrecht mit voller Wirkung anerkennt.

Die Usanzen sind zunächst zu teilen in ihre beiden Gruppen:

1. Handelsgewohnheiten und -Gebräuche und
2. die publizierten Börsen- und Handelsusanzen.

Sie stellen beide die Verkehrssitte des Handels dar, sie sind eine Unterart der allgemeinen Verkehrssitte des BGB. § 157. In ihnen kommen die besonderen Anschauungen der Kaufleute, die Eigenheiten des Handels gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Verkehre zum Ausdruck. Die Usanzen sind daher der Niederschlag der allgemein üblichen Verkehrsformen zwischen Kaufleuten und der regelmässig vorkommenden Geschäftsabreden innerhalb eines bestimmten Kreises von Geschäften und Handel treibenden Personen.

Diese Handelsgewohnheiten und -Gebräuche, welche sich für bestimmte Handelsplätze oder für bestimmte Gruppen von Kaufleuten gebildet haben, sind nun von diesen vielfach aufgezeichnet worden. Diesen Zusammenstellungen und Veröffentlichungen der bestehenden Gewohnheiten und Gebräuche sind dann bisweilen noch neue zweckmässig erscheinende Bestimmungen zugesetzt, die man aber dann gleichfalls mit unter den Begriff der Usanzen fasst. Diese veröffentlichten Usanzen – Usanzen im technischen Sinne — sind meistens als Normalvertrag, als regelmässige Vertragsbedingungen für die Geschäfte des betreffenden Kreises von Kaufleuten, durch den die Usanzen herausgegeben sind, gedacht.

In der Praxis und auch teilweise in der Wissenschaft wird das Wort Usanze für beide Arten gebraucht, sowohl für die amtlich festgestellten wie für die nicht

fixierten, und das mit Recht. Denn, abgesehen von den wenigen neu aufgenommenen Bestimmungen, haben sie ja denselben Inhalt, sie enthalten beide, was Sitte und Brauch unter den Kaufleuten ist. In den folgenden Zeilen soll daher das Wort Usanze gleichfalls promiscue für beide Gruppen gebraucht werden, wenn auch meistens nur die aufgezeichneten Usanzen, die Usanzen im „technischen Sinne" in Betracht kommen werden.

Im Gegensatz zum Handelsgewohnheitsrecht, das seine Kraft, sein Wirken aus sich selbst heraus hat, kommen die Usanzen nur zur Geltung kraft positiver Bestimmung des objektiven Rechts. Diese Sanktionierung finden wir im § 346 HGB., wo gesagt ist, dass unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf sie Rücksicht zu nehmen sei. Solche Handlungen und Unterlassungen kommen natürlich nur in Betracht, soweit sie Willenserklärungen oder Erfüllungshandlungen sind.[1] Was diese für rechtsgeschäftliche Bedeutung haben, was die Parteien mit ihnen ausdrücken wollten, das soll in Ermangelung eines klar erkennbaren Willens von der Usanze bestimmt werden. Die Usanze ist in dieser Funktion ein Interpretationsmittel und hat als solches auch die Kraft, dispositives Recht abzuändern. Streng genommen ist es hier nicht die Usanze, welche abändert, sondern der Wille der Parteien, der nur unklar zum Ausdruck gebraucht ist und nun seinem Inhalte nach durch die Usanze ausgelegt wird.

Ausser der Willens a u s l e g u n g hat die Usanze

1) Düringer-Hachenburg, II, S. 213.

aber noch eine andere wichtigere Aufgabe zu erfüllen, sie soll vor allem Lücken ausfüllen und den fehlenden Parteiwillen ergänzen. Haben sich zwei Kaufleute bei einem Geschäftsabschlusse nicht über die näheren Vertragsmodalitäten ausgesprochen und steht es im Zweifel, was eigentlich vereinbart ist, welche Pflichten Lieferant und Käufer haben, so wird, falls nicht schon das objektive Recht selbst für diesen Fall Regeln aufgestellt hat, die Usanze herangezogen, um Aufschluss zu geben darüber, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie das vorliegende Vertragsverhältnis eingehend bestimmt und genau umgrenzt hätten. Die beiderseitigen Pflichten und Rechte bestimmt dann die Usanze. Im Handelsverkehre wiederholen sich ja oft dieselben Verkaufsformen und -Modalitäten. Daher bildet sich bestimmter und umfassender als anderwärts eine gleichmässige Sprech- und Handlungsweise, eine gleiche Auffassung, ein gleichmässiges Verhalten gegenüber gewissen Verhältnissen heraus,[1] sodass das immer Wiederkehrende schliesslich als selbstverständlich gar nicht mehr erwähnt wird. Der Kaufmann will Zeit sparen, er liebt es, bei seinen Geschäftsabschlüssen so kurz als möglich zu sein und alles, was sich seines Erachtens von selbst versteht, nicht zu erwähnen.[2] Er verlässt sich daher ganz auf die seinen Intentionen entsprechende Usanze. Es wird also mit Recht fingiert, dass die Parteien dieselbe Regelung gewollt haben, die für den gleichen Fall im Allgemeinen getroffen wird von Personen des Kreises, dem die Kontra-

1) Endemann, Hdbch., II, § 238, S. 391.
2) Vergl. hierzu die Einleitung zu den Magdeburger Us.

henten angehören, d. h. die Regelung, wie sie sich in den Usanzen darstellt.

Diese Fiktion, die de lege ferenda von Wichtigkeit war, ist aber nicht erforderlich, um der Usanze als Willensergänzungsmittel im einzelnen Falle Wirkung zu verschaffen.[1] Der Richter ist durch § 346 HGB. angewiesen, bei der Auslegung und Ergänzung des Inhalts eines Vertrages in Ermangelung näherer oder zweifelsfreier Abmachungen zu berücksichtigen, was in diesem Falle handelsüblich ist. Wenn die sich so aus der Usanze ergebende Regelung auch meistens den Intentionen der Parteien entsprechen wird, so ist das doch nicht erforderlich. Die Usanze findet Anwendung ohne Rücksicht darauf, ob die Kontrahenten sie kannten oder nicht. Auch für den Fall, dass man die Anwendung der Usanze gänzlich ausschliessen wollte, diesen Ausschluss aber nicht in irgend einer Gestalt zu erkennen gegeben hat, tritt sie in Wirksamkeit. Wer also die Anwendung der Usanze nicht will, hat dies dem andern Teile mitzuteilen.

Die Usanzen finden natürlich nur Anwendung auf die Personen, welche dem Kreise angehören, in welchem der in Frage kommende Geschäftsgebrauch besteht, von welchem er veröffentlicht ist. So gibt es besondere Usanzen für den Verkehr zwischen Grosshändlern, zwischen Händlern und Produzenten, zwischen Grosshändlern und Kleinhändlern usw. Aber auch auf Nichtangehörige dieser Kreise können die Usanzen ausgedehnt werden, wenn sich die Betreffenden ihr ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben.

1) Vergl. Düringer-Hachenburg, II, S. 206 u. 211.

Der Unterschied, der durch das Wirksamwerden der Usanze hergestellt wird gegenüber dem bürgerlichen Kauf, ist am geringsten im Kleinhandelsverkehr, Detailhandel, weil sich für ihn eine besondere von den allgemeinen bürgerlichen Regeln abweichende Verkehrsanschauung nur in unbedeutendem Umfange ausbildet. Der Unterschied wird immer grösser, je näher der Handelskauf dem Gebiete des Grosshandels und Börsenhandels kommt. Hier entfaltet die Usanze ihre Haupttätigkeit und lässt keine Lücke bei den mannigfachen Kaufsmodalitäten unausgefüllt. Auch sie verkörpert zwar Treu und Glauben und Verkehrssitte, die beim bürgerlichen Kaufe wirksam sind, aber die grosse Besonderheit ihm gegenüber liegt darin. dass uns hier Treu und Glauben und Verkehrssitte rein als Abstrakta entgegentreten, während wir beim Handelskaufe diese als Konkreta in unzähligen Gebilden sehen, die für bestimmte Einzelfälle eine genau spezialisierte Antwort geben. Die Usanze ist das weiter entwickelnde Moment im Handelsrecht, sie erhält es in einem ständigen lebendigen Flusse und passt es den mit Zeit und Ort wechselnden Bedürfnissen des Verkehrs an.[1]

§ 4.

Die Usanze beim einseitigen Handelskauf.

Die durch das Wirksamwerden der Usanze bedingte Sonderstellung kommt nicht in Betracht bei einseitigen Handelskäufen; denn HGB. 2 § 346 be-

1) In diesem Sinne ist auch das mittelalterliche Sprüchwort zu verstehen: Consuetudo modo nigra modo alba (Decisiones rotae Genuae XVII, 1).

stimmt ausdrücklich, dass nur unter Kaufleuten, also nur bei zweiseitigen Handelskäufen, auf die dem Handelsverkehre eigentümlichen Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen sei.

Das wird ja im Kleinverkauf voll gelten müssen, dagegen im Grossverkehre, vor allem im börsenmässigen Handelskauf, wird sich oft auch der nicht kaufmännische Kontrahent den Handelsusanzen unterwerfen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Im Falle einer Klage müsste die Unterwerfung freilich vom Verkäufer bewiesen werden. Da nun der Kaufmann, vor allem der Grosskaufmann, seine Geschäfte fast immer schriftlich abschliesst, mindestens dann, wenn es sich um Waren von erheblichem Werte handelt, und sich in seinen Fakturen, Schlussnoten usw. oft der Vermerk: „Abgeschlossen nach . . . . Börsenusanze" oder ein ähnlicher Vermerk findet, so wird sich die Unterwerfung des Privatmannes unter die Handelsusanze schon meistens durch stillschweigende Anerkennung dieses Vermerks ergeben. Die präsumtio ist hier also umgekehrt wie beim Verkehr zwischen Kaufleuten. Hier geht die präsumtio dahin, dass die Handelsusanze keine Anwendung finden soll, während dort vermutet wird, dass sich die Parteien der Handelsusanze haben unterwerfen wollen. Hier, beim einseitigen Handelskauf, muss der, welcher das Bestehen einer Usanze behauptet, auch beweisen, dass eine Vereinbarung getroffen worden ist dahin, dass sie im vorliegenden Falle zur Anwendung kommen solle. Dort, beim zweiseitigen Handelskauf, braucht nur das Bestehen einer Usanze nachgewiesen zu werden, und

der Richter muss sie beachten. Der Teil, welcher die Anwendbarkeit derselben leugnet, muss ihren Ausschluss für den betreffenden Fall nachweisen.

Auch beim Handelskaufe im weiteren Sinne bilden sich Gewohnheiten und Gebräuche aus, aber doch nicht in dem durchgebildeten Masse, wie beim Hauptgegenstande des Handels, der Ware und dem Wertpapier, speziell, wenn diese am börsenmässigen Verkehr teilnehmen, wo der Handel mit ihnen ja den Vorschriften der Börsenordnung unterworfen ist.

§ 5.

Historisches über die Usanze.

Die Usanzen hatten besonders grosse Bedeutung im Mittelalter, wo sie gradezu die Kraft von objektivem Recht hatten und fast die einzige Quelle des Handelsrechts bildeten. Sie dienten aber nicht allein zu Willensauslegungs- und Willensergänzungszwecken, sondern es war ihnen eine primär wirksame Stellung unter Ausschluss des allgemeinen bürgerlichen Rechts zugewiesen.

Besonders seit den Kreuzzügen hatte ja der Handel, nachdem er durch die aus dem Morgenlande über das Abendland sich ergiessenden Warenströme aus seiner langen Erstarrung aufgerüttelt war, einen gewaltigen Aufschwung genommen. Neue Formen von Handelsgeschäften entstanden, alte bildeten sich um und wurden in feinere Abarten ausgestaltet. Diesem plötzlichen Vorwärtsdrängen des Handels vermochte das bürgerliche Recht nicht so schnell zu folgen, und auch das

römische Recht, welches ja in der Hauptsache ein Verkehrsrecht war, reichte für die Neuschöpfungen des handelsrechtlichen Verkehrs nicht aus. Deshalb überliess man den Handel sich selbst. Vermöge der festen Geschlossenheit und des engen Zusammenhaltens der Kaufleute hatten diese es oft durchzusetzen vermocht, dass sie nicht nur vor eigenen Standes-Handelsgerichten [1] Recht nehmen durften, sondern sogar nach eigenem materiellen Recht gerichtet wurden. Dieses war nun der jeweilig herrschende allgemeine Handelsbrauch, die Usanze, wie sie in vielen Urkunden, Privilegien, Innungsstatuten erwähnt wird. Daher ist er es, welcher weit überwiegend den Handelsverkehr des Mittelalters regelte.[2]

So wird z. B. in dem Privileg König Philipps für Regensburg 1207 [3] den dortigen Kaufleuten diese Sonderstellung eingeräumt (Hanisgrave de officio suo iura et consuetudines eorum in nundinis requirat) und ebenso im livländischen Privileg für die deutschen Kaufleute 1217,[4] wo es heisst: „ibidem sibi de ipsis iudices eligant et iudicent secundum ius illud, quod nunc mercatoribus in Gotlandia observatur." Ferner in der Konstanzer Urkunde an den Rat zu Brügge 1404 [5] durch die Worte: iuxta consuetudines ipsorum apud vos mercatoribus laudabiliter observatas. In der Hand-

---

1) Osenbrügger: Studien zur deutschen u. schweizerischen Rechtsgeschichte, S. 19 u. 27; ZHR., IV, Beilageheft (Creizenach).

2) Goldschmidt, Hdbch., I, 1, S. 317 ff.

3) Gemeiner: Über den Ursprung der Stadt Regensburg, S. 296.

4) Sartorius-Lappenberg, II. S. 210.

5) Ztschrft. für Gesch. d. Oberrheins, IV, S. 65/6

feste von Freiburg im Uechtlande 1249 heisst es im § 46: et si qua queremonia inter mercatores nostros de rebus suis orta fuerit, inter ipsos secundum eorum consuetudines et jure eam libere concordent.[1]

So findet sich das kaufmännische Gewohnheitsrecht noch an vielen andern Stellen als usus mercati, mores domus mercatorum, usancia, ordinatio inter ipsos (mercatores) antiquitus consueta u. s. w. anerkannt.[2]

Eine Besonderheit bezüglich des Geltungskreises dieser mittelalterlichen Usanze finden wir in der Goldenen Bulle oder Handfeste von Bern[3] (15. 4. 1218 als Freiheitsbrief von Friedrich II erteilt), wo im § 5 verfügt ist, dass, wenn während der Zeitdauer eines Marktes Streit zwischen den Bürgern und Kaufleuten entsteht, bei der Entscheidung das Gewohnheitsrecht der Kaufleute (ius consuetudinarium mercatorum) zu Grunde zu legen sei. Hier kommen die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsstandes ausdrücklich zur Anwendung nicht allein, wie heute nach HGB.$_2$ § 346,

---

1) Gaupp: Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, II, S. 92.

2) Vergl. Privileg Eduards I. für sämmtliche ausländische Kaufleute 1303 (Rymer, foedera II,2, 747 ; Lübeckisches Urkundenbuch II, S. 280) Statuta hom. Parmae 1255 lib. I, vol I, pag. 45. Usanzen der Champagnermessen (ZHR. XVII, S. 109). Recessus Imperii Novissimus 1654, § 107. Nürnberger Ratserlass vom 31. 3. 1624 (Nürnberger: Sammlung von Beiträgen zur Nürnberger Handelsgerichtsordnung, S. 32 3). Siegel: Corpus juris cambialis I. Forts. Breslauerische Mess- u. Wechselordnung vom 22. 12. 1742, § 25. Markgräflich Brandenb., Onoltzbachsche WO vom 10. 9. 1739. Beschluss a. a. O. S. 45.

3) Gaupp a. a. O., S. 40: Et si aliqua disceptatio tempore feri interburgenses et metcatores orta fuerit, non stabit in nostro vel rectoris nostri indicio, sed pro consuetudinario jure mercatorum et maxime Colonensium dijudicetur.

zwischen Kaufleuten, sondern auch zwischen Kaufleuten und Privaten.

Auch heute sind, wie schon angeführt, die Usanzen in vollstem Masse aufrecht erhalten und zwar sowohl in ihrer kodifizierten Gestalt als auch in ihrer Gestalt als tatsächliche Übung; sie bilden einen reichen Bestand klassischer Willensinterpretations- und Willensergänzungsregeln.[1]

§ 6.

Die Wirksamkeit der Usanze bezüglich der Qualitätsbestimmung der zu liefernden Waren und Wertpapiere

a) bei Waren. b) bei Wertpapieren.

Vorbemerkung.

Die Usanze ist eine gemeine, allgemeine oder partikuläre je nach ihrem Wirkungskreise. Meistens ist sie Platzusanze, die nur für einen einzigen Markt- resp. Börsenplatz Geltung hat. An diesem gliedert sie sich wieder nach Warengattungen und Personenkreisen. So giebt es nicht nur besondere Usanzen für den Handel in Getreide, Spiritus, Wolle, Kaffee, Zucker, Felle, Holz usw., sondern innerhalb der verschiedenen Warengattungen finden wir wieder spezielle Bestimmungen für den Verkehr unter Grosshändlern, Kleinhändlern[2] und den Verkehr zwischen Händlern und Konsumenten;[3] gewisse Usanzen finden wiederum nur Anwendung im

1) Vgl. Lehmann, II, S. 18, Nr. 4 u. 5. Laband in ZHR. XVII, S. 446 f.

2) Busch Archiv, VIII, S. 327; X, S. 56; Dove-Apf, S. 135.

3) Waage, S. 13.

Verkehr mit Händlern, dagegen nicht mit Fabrikanten.[1] Kommt die Usanze zur Anwendung zwischen Händlern und Konsumenten, so muss natürlich eine besondere Vereinbarung getroffen oder es muss aus den Umständen zu entnehmen sein, dass sich der Konsument ihr hat unterwerfen wollen;[2] denn nach § 346 HGB. soll die Usanze ihre Wirkung nur äussern auf den Verkehr zwischen Kaufleuten.

Die Usanzen gehen oft in die kleinsten Details der Lieferungsbedingungen; sie stellen, wie schon oben Seite 23 bemerkt, in reicher Fülle und in spezialisierter, fertiger Ausführung für den Handelskauf das dar, was für den bürgerlichen Kauf nur in allgemein gehaltenen Bestimmungen gesagt ist. Sie treffen nicht nur Bestimmungen über Zeit und Ort der Lieferung usw., sondern sie regeln auch auf das Eingehendste die Frage, welche Qualität die Ware im Zweifelsfalle haben muss. In den Fällen, wo die Vertragsabreden über die zu prästierende Eigenschaft des Kaufobjekts Lücken gelassen haben oder solche Vereinbarungen garnicht getroffen sind, wird oft die Usanze Klarheit schaffen.

Zur Kennzeichnung dieser Feinarbeit, welche die Usanze leistet, ist es nötig, Beispiele anzuführen; es mögen daher solche aus den verschiedensten Warengattungen der Haupthandelsplätze Deutschlands folgen.

In Breslau ist bei Kauf von Sprit ohne nähere Abmachungen ein rektifizierter Sprit zu 95—97 % zu liefern, Spiritus in Magdeburg muss mindestens

1) Goldschmidt, Hdbch., I, S. 327, Anm. 16b.
2) Vgl. S. 27.

70 Gewichtsprozente haben. In Berlin ist bei Verkauf von Nutzholz, ausschliesslich Eisenbahnschwellen, äusserlich gesunde Ware zu liefern; das Holz darf nicht Schwamm haben, ringschälig, rot- oder weissfaul, stammtrocken, splintfaul sein. Bretter und Bohlen, welche in ihrer ganzen Länge eine gleichmässige Stärke nicht aufweisen, sind als verschnitten und fehlerhaft zu betrachten.[1] Im Getreidehandel ist Handelsware mittlerer Art und Güte zu liefern d. h. gute, gesunde, trockene Ware.[2] Als solche zählt nur Getreide, das nicht ausgewachsen und wesentlich angefressen ist,[3] keinen Darrgeruch oder höchstens leichten Boden- oder Sommergeruch hat und nicht warm ist. Ferner darf es, wenn in der Zeit vom 15. Juni bis 10. Oktober geliefert, nicht Kornkrebse (Wolken) in schädlicher Menge enthalten.[4] Grannen-Rauhweizen und ähnliche Sorten gelten überhaupt nicht als Handelsware mittlerer Art und Güte,[5] ebenso nicht seebeschädigte Ware.[6] Gerste gilt nur, wenn aus letzter Ernte stammend, als lieferbar.[7] Wenn ein Kauf nach Qualitätsgewicht geschlossen ist, so sind für die verabredeten Pfunde

---

1) Vgl. Riesenfeld, Dove-Apt, Magdeb. Us. u. Danz. Us. S. 19 ff. Nr. 32 35

2) Erfurter Handelsgebräuche bei Waage § 50 § 6; Halle eod. S. 54, § 6; Hannover eod. S. 90; Leipzig eod. S. 112, § 8; Magdeburg eod. S 117, § 13. Über den Begriff „gut und gesund" vgl. ferner das Urteil des OAG. zu Lübeck vom 29. 10. 1863 in Z. H. R. XVII, 239—241.

3) Leipziger Us. bei Waage, S. 112, § 9.

4) Erfurter Us. bei Waage, S. 50, § 7. Danziger Us. bei Waage, S. 26, 34/5.

5) Hannoversche Us. bei Waage, S. 90.

6) Erfurter u. Hallische Us. bei Waage, S 50, 54, § 6.

7) Erfurter u. Hallische Us. bei Waage, S. 50, 54, § 6.

Qualitätsgewicht Mindestgrammgewichte eines bestimmten Getreideprobers, die sich aus einer besonderen Tabelle ergeben, zu gewähren.[1] Handelt es sich um Saatgut, so ist unter allen Umständen, ohne dass eine besondere Garantie übernommen zu sein braucht, gut keimende Ware zu liefern; ist laut Muster gekauft, so muss die Keimkraft, welche in dem Kaufmuster nachgewiesen ist, vorhanden sein unter Freilassung einer Fehlergrenze von 10 %. Bisweilen wird beim Kaufschlusse eine bestimmte Keimkraftzahl angegeben, dann hat der Verkäufer eine dem entsprechende Keimkraft mit einer Fehlergrenze, die bei den verschiedenen Gräsern zwischen 5 und 10 % schwankt, zu gewähren.[2]

Sämereien sind im Allgemeinen frei von Beimischungen zu liefern; Spreu, Sand, fremde Samen, äusserlich verletzte Körner und taube Scheinfrüchte, die unzweifelhaft als zur Keimung unfähig erkannt werden können, dürfen höchst in ganz geringen Prozentsätzen enthalten sein, so z. B. bei Zuckerrübensamen bis zu 3 resp. 5 %.[3] Freiheit von Seide muss ausdrücklich ausbedungen sein.[4] Ein ganz besonderes Beispiel dafür, wieweit die Usanzen in die kleinsten Einzelheiten gehen, sei noch aus den Normen im Magdeburger Zuckerrübenhandel angeführt.[5] Die Eigenschaften,

1) Danziger Us. eod. S. 25 u. 33.

2) Berliner Us. für den Verkehr in Sämereien zwischen Händlern im Inlande eod. S. 10 u. 11.

3) Magdeburger Us. im Zuckerrübenhandel eod, S. 122.

4) Berliner Us. eod. S. 12 u. 13. Usanzen des Vereins der am Saathandel beteiligten Firmen zu Hamburg, eod. S. 78, § 16.

5) Waage, S. 121/2.

welche Rübensamen nach diesen haben muss, um lieferbar zu sein, werden folgendermassen festgesetzt:

Der Rübensamen ist in guter und gesunder Beschaffenheit zu liefern und muss den folgenden Normen entsprechen:

1. 1 kg Rübensamen soll in 14 Tagen wenigstens 70000 Keime liefern.
2. Hiervon müssen in 6 Tagen wenigstens 46000 Keime ausgetrieben sein.
3. Von 100 Samenknäueln müssen mindestens 75 gekeimt haben.
4. Der Wassergehalt ist bis 14 % einschliesslich normal, bis 17 % einschliesslich Wassergehalt bleibt die Ware noch lieferbar. Es ist jedoch bei über 14—17 % ein dem Gewicht des Wassers entsprechender Prozentsatz zu vergüten.
5. Fremde Bestandteile sind bis 3 % einschliesslich gestattet; bis 5 % einschliesslich fremde Bestandteile bleibt die Ware noch lieferbar. Es ist aber bei über 3—5 % ein dem Gewichte der fremden Bestandteile entsprechender Prozentsatz zu vergüten.
6. Die Verletzung auch nur einer dieser Normen von 1—5 macht die Ware zu einer nicht lieferbaren.[1]

Wir sehen, dass die Usanze hier den Käufer beim Vertragsschlusse der Festsetzung aller näheren Einzelheiten überhebt, da sie die Arbeit für ihn leistet; denn die Usanze verkörpert ja einen Niederschlag, der am zahlreichsten und regelmässigsten vorkommenden Vertragsbestimmungen.

1) Vgl. ferner Danz. Us, S. 21, Nr. 37.

Eine Besonderheit gegenüber dem bürgerlichen Kauf bezüglich der Qualität findet sich beim Handelskauf insofern, als beim Handelskauf sehr oft die Qualität einer Ware nicht bloss durch die innere Beschaffenheit, die materielle Güte bestimmt wird, sondern zu den Eigenschaften auch rein äusserliche Umstände zählen. Viele Waren werden z. B. nur in bestimmter Färbung, in Stücken von bestimmter Grösse, von bestimmtem Gewicht gehandelt, so Garnfäden von bestimmter Länge,[1] Gläser mit eingemachten Fischen in bestimmter Zahl, Bretter von bestimmter Stärke, Tuche von gewisser Breite u. s. w. Wenn derartige Waren nicht diesen Bestimmungen gemäss geliefert werden, so gelten sie als mit einem Qualitätsmangel behaftet. Das Gleiche gilt von der Verpackung, der äusseren Ausstattung. Viele Waren, besonders die Erzeugnisse bekannter Fabriken, werden in allgemeiner bekannter und nur von dieser Fabrik verwandter Verpackung, Originalverpackung, und mit Warenzeichen, Fabrikmarken versehen, geliefert; oder in gewissen Handelszweigen darf die Verpackung ein bestimmtes Gewicht nicht übersteigen. So darf amerikanisches Schweineschmalz nur in Kübeln von bestimmter Schwere geliefert werden; Leinsamen wird in Stettin nur in original vollen Tonnen und Originalverpackung übergeben;[2] im Hamburger Saatenhandel darf die Tara bei Klee- und Timotheesaten 1 % des Bruttogewichts im Durchschnitt nicht übersteigen. In Ermangelung besonderer Abmachungen muss sich bei

1) ROHG. XV, S. 411. Vgl. ferner ROHG. XVIII, 242; RG. XXIII, 127; ZHR. XXVI. 572.

2) Stettiner Us. bei Waage, S. 133, § 14. Vgl. ferner Danz. Us., eod. S. 114.

diesen beiden Samenarten das Bruttogewicht der einzelnen Säcke zwischen folgenden Grenzen bewegen:

98—105 kg bei europäischer Klee- und Timotheesaat,
65—78 „ „ amerikanischer Kleesaat,
50—63 „ „ „ Timotheesaat.

Überhaupt ist für Grassaaten im Allgemeinen das Gewicht usanzemässiger Originalsäcke massgebend.[1] Nach Magdeburger Usanze werden Düngemittel durchweg per Bruttozentner (einschl. Sack), Futtermittel dagegen entweder per Bruttozentner oder per Nettozentner (ausschl. Sack) gehandelt und ist dementsprechendes Quantum zu liefern.[2]

Alle solche äusseren Umstände zählen im Handelskauf zu den Eigenschaften einer lieferbaren Ware. Zwar wird eine solche Einbeziehung bisweilen auch im bürgerlichen Kauf zu geschehen haben, aber doch nur in seltenen Fällen. Im Regelfall werden solche äusseren Umstände von Unerheblichkeit sein, da beim bürgerlichen Kauf die Sachen gewöhnlich zum unmittelbaren Gebrauch oder Verbrauch gekauft werden und nicht zur handelsmässigen Weiterveräusserung, die ja erst den Grund bildet für eine solche Zurechnung von rein äusserlichen Umständen zur Qualität einer Sache.

b) Nicht minder wichtig, wie beim Handelskauf in Waren ist die Usanze auch auf dem Gebiete des Effektenverkehrs, des Handels in Wertpapieren. Hier ist ihre Wirksamkeit sogar eine noch etwas weitere

1) Usanzen des Vereins der am Saathandel beteiligten Firmen zu Hamburg, eod. S. 75/6.

2) Usanzen für den Magdeburger Handel mit künstlichen Düngermitteln und Futterartikeln, eod. S. 119.

insofern, als nicht nur auf den 2-seitigen Handelskauf die Usanze Anwendung findet, sondern auch grösstenteils beim 1-seitigen auf sie Bezug genommen zu werden pflegt. Denn es ist allgemein üblich, dass, wenn ein Nichtkaufmann mit einem Kaufmann, besonders wenn dieser Bankier ist, einen Kauf in Wertpapieren abschliesst, derselbe nach den Usanzen der nächsten Börse geschlossen wird. Der Bankier stellt z. B. dem nicht kaufmännischen Kontrahenten eine Schlussnote aus, auf der sich schon der Vermerk findet: „Abgeschlossen nach . . . . Börsenusanze", und dieser Usanze unterwirft sich der andere Teil, sei es stillschweigend, sei es ausdrücklich.

Die Usanzen sind für Wertpapiere ebenso zahlreich und treffen zum Teil ebenso eingehende Bestimmungen für die erforderlichen Eigenschaften des zu liefernden Papieres wie bei den Waren. Aus der grossen Menge seien nur einige Angaben gemacht.

Ein Wertpapier muss, um nach Berliner Börsenusanze[1] lieferbar zu sein, unbeschädigt sein, es dürfen nicht Stücke herausgerissen sein, der weisse Rand darf nicht abgeschnitten sein. Doch sind hier Ausnahmen zugelassen; denn Papiere, aus denen Stücke herausgerissen sind, gelten nur dann nicht als lieferbar, wenn ein so grosses Stück fehlt, dass auf diesem eine Ausserkurssetzung gestanden haben könnte; auch sind Papiere, bei denen der weisse Rand fehlt, sei es ganz oder teilweise, immerhin noch lieferbar, wenn die Einfassung oder Vignette oder Souche unverletzt ist. Eine

1) Usanzen der Fondsbörse zu Berlin nach dem Stande vom 1. Mai 1903, abgedruckt bei Saling, I, S. 484.

Ausnahme machen hier nur die 4% rumänischen amortisablen Renten von 1889, bei denen die Vignette zu weit oder selbst ganz abgeschnitten sein kann, wenn nur der Nominalbetrag und Zinsfuss deutlich erkennbar ist, und ferner Stücke der I. Serie der 4% römischen Goldanleihe, welche ganz ohne Abschnitt (Souche) lieferbar sind.

Schärfer sind die Bestimmungen für russische Zollkoupons. Diese müssen äusserlich von tadelloser Beschaffenheit sein, d. h. sie dürfen nicht eingerissen, zusammengeklebt oder ausgebessert sein, auch darf der schwarze Rand nicht fehlen, er muss vollständig und unverletzt sein.

Pfandbriefe, die auf Pergament ausgestellt sind, gelten nicht als lieferbar, wenn Schrift oder Druck durch Stockflecke beschädigt oder undeutlich geworden ist. Verloosbare und kündbare Effekten dürfen nicht ausgeloost oder schon gekündigt geliefert werden, weil sie dann nicht mehr umlaufsfähig wären. Auch die Lieferung von Wertpapieren, welche als gestohlen oder verloren behördlich bekannt gemacht sind, bei denen das Aufgebotsverfahren schwebt, oder die im Auslande mit Opposition belegt sind, gilt als mangelhafte Erfüllung.

Als erforderliche Eigenschaft gilt ferner das Vorhandensein der zur Verwertbarkeit des Papiers nötigen Erfordernisse, wie Stempel, Nummer und Unterschrift. Eine teilweise Ausnahme[1] bezüglich des Stempels finden wir beim Handel mit fremden und deutschen Wechseln, die nicht immer gestempelt zu sein brauchen, um lieferbar zu sein.

1) Hamburger Usanzen im Handel mit Wechseln, Sal. I S. 210 u. Berliner Us. eod. S. 197.

Wie bei den Waren zu den Qualitätsmängeln nicht allein ein minus in deren physischer Beschaffenheit, sondern auch noch andere Umstände gezählt werden, wie z. B. usanze- oder vertragswidrige Grösse, Verpackung und dergleichen mehr, so giebt es im Handel mit Wertpapieren ähnliche Erfordernisse. Was die Grössenverhältnisse betrifft, so sind nach den Usanzen der Berliner Fondsbörse[1] in ansländischen Wechseln nur Abschnitte von genau bestimmter Höhe lieferbar.[2]

In Frankfurt a. M. sind bei allen überseeischen Wechseln zwei Exemplare zu liefern.[3] Wechseln in russischer oder polnischer Sprache ist immer eine deutsche Übersetzung vom Verkäufer beizufügen, für deren Richtigkeit er durch Beidrückung seines Firmenstempels eintritt. Alle diese äusseren Erfordernisse zählen im Handelsverkehre zu den Eigenschaften, welche ein Wertpapier haben muss, um lieferbar zu sein.

§ 7.

Handelsgut.

Die im Vorhergehenden geschilderte usanzemässige Feststellung der Beschaffenheit der zu liefernden Ware führt nun zu einer zweiten Besonderheit des Handelskaufes, da durch die Usanze gleichzeitig ein zweiter Begriff teilweise bestimmt wird: Handelsgut.

Der Handelskauf hat zum Gegenstande nur Waren und Wertpapiere und zwar von letzteren im Allgemeinen

1) Saling I, S. 484.
2) eod. S. 485, 205, 196.
3) Vgl. Berl. Us. eod. S. 487 u. 200.

auch nur solche, die ihrer Natur nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen. Aus diesem Umstande der obligatorischen handelsmässigen Verkehrsfähigkeit der Objekte des Handelskaufes erklärt sich das Erfordernis, dass Handelsgut, Kaufmannsgut zu leisten ist, was beim bürgerlichen Kauf und dem Handelskauf im weiteren Sinne nicht erforderlich ist.

Die Bestimmung, dass Handelsgut zu liefern ist, findet sich schon in alten Stadtrechten und den Rollen der Innungen.[1] So z. B. im lübischen Urkundenbuch IV, 522 (dareyne tunne mede gewest, dat tomale neynes koopmannes gu den sy) und bei Schäfer: Das Buch des lübeckischen Vogts auf Schonen (Halle 1887) S. 17 u. 180 (aldus so sal eyn dem anderen leveren koepmans ghuyt). In andern Rechten finden sich noch die Ausdrücke „marchandise loyale et marchande", „merchantable good", „merchantable quality", „bonum et mercantile (Caesaregis de commercio disc. c. 2 u. 3)."

Die Bedeutung des Wortes Kaufmannsgut ist in der Literatur recht bestritten gewesen und steht auch heute wohl noch nicht so ganz fest. Selbst bei den Beratungen zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch hat man sich auf keine Definition eingelassen trotz der Unsicherheit und Verschiedenheit, mit welcher der Begriff ausgelegt wurde. Daraus, dass von jeher betont wurde, dass zwischen Kaufleuten Kaufmannsgut zu leisten sei, ist zu ersehen, dass damit nicht allein

1) Vgl. J. u. W. Grimm Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1873, Bd. V. S. 342 sub Kaufmannsgut; Goldschmidt, Hdbch, I, S. 552.

gemeint ist, dass die zu liefernde Ware die vertrags-, gesetz- oder usanzemässige innere Beschaffenheit und Güte haben müsse, — das ist ja auch beim bürgerlichen Kauf der Fall — sondern dass etwas ganz Spezielles, dem Handel Eigentümliches gefordert wird in diesem Begriff. Wie wir oben S. 38/9, 42 gesehen haben, wird im Handelsverkehre zur Qualität einer Ware nicht allein die innere Beschaffenheit, die materielle Güte gerechnet, sondern oft auch die Art und Weise der äusseren Ausstattung, der Verpackung, des Gewichts und der Grösse der einzelnen Stücke u. s. w., sodass wir gewissermassen für den Handelsverkehr die Qualität einer Ware scheiden können nach innnern und äussern Eigenschaften. Bei Beachtung dieser Unterscheidung können wir m. E. erst dazu kommen, das Wesentliche und den Kern des Begriffes Handelsgut zu treffen. Dieser will nämlich nicht allein die sogenannten innern Eigenschaften treffen, sondern auch die äusseren und zwar diese in erster Linie. Indem das Wort Handelsgut auf die weitere handelsmässige Verwertbarkeit einer Ware hindeuten will, muss sein Hauptgewicht darin liegen, gerade die Eigenschaften einer Ware bezeichnen zu wollen, welche diese weitere handelsmässige Umlaufsfähigkeit in besonderem Masse ermöglichen und befördern. Das Vorhandensein der vertrags- oder gesetzmässigen inneren Eigenschaften ist keine Eigentümlichkeit des Handels, diese werden auch beim bürgerlichen Kauf verlangt, aber das Vorhandensein der besonderen Eigenschaften, die eine Sache zu einer handelsmässig verkehrsfähigen machen, nämlich der oben als äussere bezeichneten Eigenschaften, das Vorhandensein dieser wird in erster

Linie in dem Begriff Handelsgut verlangt. M. E. liegt in dem Überwiegen nach dieser Seite hin das Wesen des Begriffes. Das klingt auch in der Literatur wie ein ferner Ton durch, es ist aber mehr ein unbestimmtes Gefühl, und man findet nirgends einen Hinweis grade auf dieses primäre Erfordernis.

Die einer Ware beigelegte Bezeichnung Handelsgut will konstatieren, dass diese für den konkreten Fall mit der bestimmten Bezeichnung handelsmässig lieferbar und verkehrsfähig ist.

Handelsgut wäre demnach eine Ware, welche von vertrags-, usanze- oder gesetzmässiger Beschaffenheit ist und vor allem so beschaffen und ausgestattet ist, dass sie nach den allgemeinen Anschauungen des Handels unter einer bestimmten Bezeichnung Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann (vgl. die fast gleiche Definition von Goldschmidt Hdbch. I, S. 552). Eisenhart sagt in seinen „Grundsätzen der deutschen Rechte in Sprüchwörtern" (3. Ausgabe) S. 367: „Kauf erfordert Kaufmannsgut und Kaufmannsglauben d h. das zu verkaufende Gut muss von der Beschaffenheit sein, das es selbiges verkauft werden kann."

Es ist also nicht nötig, dass auch die Brauchbarkeit für den Konsumenten gemindert ist, und es wird sich deshalb das Erfordernis, Handelsgut zu liefern, im Zweifel auf den zweiseitigen Handelskauf beschränken.

Die Frage, was im konkreten Fall Handelsgut ist, entscheidet die Anschauung des Verkehrs am Leistungsorte,[1] welche an den einzelnen Plätzen natürlich sehr verschieden sein kann. Vor allem ist es die Usanze

1) Bolze, XVI, Nr. 246.

wieder, welche hier bestimmend eingreift. Aus den obigen Ausführungen in § 6 haben wir ja gesehen, in wie erschöpfender Weise sie die Erfordernisse bezüglich der Art der Ausstattung und Verpackung, der Gewichtsmengen und der Grösseverhältnisse, in denen bestimmte Waren zu liefern sind, der Färbung, Mahlung u. s. w. regelt. Allgemein gültige Grenzen für den Begriff Handelsgut sind ferner bezüglich Nahrungs- und Genussmittel in zahlreichen gesundheitspolizeilichen Gesetzen und Verordnungen aufgestellt. Alle Waren, welche diesen obrigkeitlichen Vorschriften nicht entsprechen, sind kein marchandises loyales.

Für jeden Fall wird zu gelten haben, dass die Waren so beschaffen sind, dass sie nicht leicht verderben,[1] auch den Transport vertragen können.[2] Es gehört ferner dazu äussere Unversehrtheit bei solchen Waren, die als Ganzes in den Handel kommen;[3] Prämienlose dürfen noch nicht ausgelost und müssen gestempelt sein;[4] Wertpapiere müssen für börsenmässig lieferbar erklärt,[5] Aktien müssen mit den noch nicht verfallenen Dividendenscheinen und Talons versehen sein u. s. w.

Nach HGB. § 360 ist bei Handelskäufen von Genussachen Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern. Von der analogen Vorschrift des BGB. § 243[1] unterscheidet sich diese Vorschrift nur dadurch, dass nicht bloss eine gewöhnliche „Sache" mittlerer Art und

1) ROHG X, S. 351.
2) HG. Lübeck in Busch's Archiv, XIV, 208.
3) Hanaus I, 69; ROHG., VII, 115.
4) ROHG. XX, 387 u, 418; ZHR. XXXVIII, 194.
5) RG. IV, 106.

Güte, sondern entsprechend der Natur des Handelskaufes „Ware“ und zwar „handelsgute“ Ware mittlerer Art und Güte zu liefern ist.

Handelsgut ist nicht identisch mit Ware von mittlerer Art und Güte, wie verschiedentlich angenommen worden ist.[1] Wie Goldschmidt in seinem Hdbch I, 2 S. 550 ausführt, ist das Wort Handelsgut schon sehr alt, während der Zusatz „von mittlerer Art und Güte“ erst durch das ALR. I, 5 § 275 und code de commerce Art. 1246 in das HGB. hineingebracht ist.

Es ist durchaus nicht immer erforderlich, dass das Handelsgut von mittlerer Art und Güte ist, wenn die Ware nur die Eigenschaften hat, welche sie befähigen unter der betreffenden Bezeichnung Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein.[2] Andrerseits kann eine Ware von besserer als mittlerer Art und Güte sein, ohne dass sie doch Handelsgut ist z. B. weil sie sich nicht in der üblichen Verpackung befindet, oder nicht mit den üblichen oder gesetzlich vorgeschriebenen Zeichen versehen ist.[3]

Der Passus „von mittlerer Art und Güte“ deckt sich nur in einem Falle und auch dann nur teilweise mit dem Begriffe „handelsgut“; denn dieser bezeichnet die Qualität einer Ware nach den beiden Richtungen der äusseren und inneren Eigenschaften hin, während mit mittlerer Art und Güte nur die Sorte und deren

1) Thöl, § 273, Anm. 23. Vgl. Anschütz, III, S. 251; Hanaus. I, S. 70/1.

2) Düringer-Hachenburg, S. 404.

3) Anschütz, III, 251.

Qualität nach ihrer inneren Beschaffenheit gekennzeichnet wird. Dieser eine Fall ist der, dass beim Kauf einer Genusware keine näheren Abmachungen über die Qualität getroffen worden sind,[1] keine Usanzen ergänzend oder interpretierend eingreifen. In diesem Falle wäre eine Ware von mittlerer Art und Güte schon nach § 243 BGB. zu liefern. Das wäre die einzige gesetzmässige Normierung der zu liefernden Qualität. Da nun nach der oben S. 45 gegebenen Definition Handelsgut eine Ware ist, die den . . . — gesetzlichen Anforderungen entspricht, und gesetzmässig in unserem Falle von mittlerer Art und Güte bedeutet, so könnte man sagen, dass wir es in der Bestimmung des § 360 HGB. mit einem Pleonasmus zu tun haben, weil in diesem Falle das Erfordernis der mittleren Art und Güte schon in dem Begriff Handelsgut steckt.

Im Allgemeinen ist aber festzuhalten, dass die Begriffe „Handelsgut" und „von mittlerer Art und Güte" niemals zwei sich völlig deckende sind.[2]

§ 8.

Die Klausel „tel quel".

Beim Handelskauf findet sich eine besonders im hanseatischen überseeischen Handel vorkommende Klausel, durch die der Verkäufer seine Gewährleistungspflicht nach einer bestimmten Richtung hin einschränken will, indem er verkauft mit der beschränkenden Be-

1) Vgl. ROHG. XV, 415.

2) Vgl. hierzu die Darstellung bei Hanaus, S. 68—73 und die dort angegebene Litteratur.

stimmung: „Die Ware falle wie sie falle“[1] oder, wie die Klausel noch heisst, „te quel, telle quelle, telle quelle pour la qualite“. Die Klausel, welche, wie ihre Bezeichnung ergiebt, in Frankreich ihren Ursprung hat, ist vor ungefähr 40 Jahren auch vom deutschen, speziell vom hamburgischen Handel aufgenommen worden und hat schon verschiedentlich die Gerichte beschäftigt, ohne dass es aber bisher zu einer festen, einheitlichen Feststellung des Inhalts derselben gekommen wäre. Eine solche ist um so schwieriger, als die Klausel auch in ihrem Heimatslande weder von der Wissenschaft noch der Rechtsprechung eine feste Formulierung erfahren hatte; ebensowenig wie in der deutschen Judikatur, in der besonders zwei Erkenntnisse einen Markpfeiler bilden, erstens ein Hamburger Urteil vom 14. Juni 1872[2] und das Urteil des Reichsgerichts in Sachen Willnick ca. Cohen[3] vom 4. Dezember 1886.

Der Kaufmann macht Gebrauch von der Klausel, weiss auch, was er im konkreten Fall mit ihr besagen will, aber eine scharfe allgemeine Umgrenzung und Begriffsbestimmung kennt auch er nicht, sodass sich vielfach Zweifel- und Grenzfälle gefunden haben, die zur Entscheidung entweder einem kaufmännischen Schiedsgericht oder einem ordentlichen Gericht vorgelegt wurden. Die Schiedsgerichte, die ja aus Angehörigen des Handelsstandes zusammengesetzt waren,

1) Die häufigere Form. Vgl. Schlodtmann in ZHR. XXXVII, 361.

2) Hamburger Gerichtszeitung, Jahrgang 1872, Nr. 164.

3) Hanseatische Gerichtszeitung, Jahrgang 1888, Nr. 43 (RG. XIX, 30).

entschieden dann, wie Boden in seiner Darstellung der Klausel in ZHR. LI, 352/3 sehr zutreffend bemerkt, mehr nach ihrem Gefühl und trafen auch instinktiv das Richtige, aber als logische Schlussfolgerungen, aus einem feststehenden Begriff hergeleitet, können ihre Entscheidungsgründe nicht angesehen werden. Dasselbe gilt von denen der ordentlichen Gerichte, die sich natürlich in der Hauptsache nur auf Sachverständigenaussagen stützen konnten.

In Frankreich sowohl wie in Deutschland ist von der Wissenschaft und Rechtsprechung eine Unterscheidung aufgestellt worden nach Zustand und Qualität (-Unterart, Sorte), eine Scheidung, die zwar theoretisch brauchbar ist, sich aber im täglichen Leben, in der kaufmännischen Praxis nicht durchführen lässt, es fehlt, wie Boden in seinen Ausführungen[1] bemerkt, das kaufmännische Bedürfnis, den in der Philosophie bestehenden Unterschied zwischen Substanz und Zustand auch für das tägliche Leben zu verwerten. Aber indem man durch diese Unterscheidung das Wesen der Klausel zu treffen glaubte — die älteren französischen Erkenntnisse[2] und die französische Wissenschaft wollte durchgehends durch die Klausel nur eine Abweichung in dem Zustand, der Beschaffenheit, nicht auch in der Qualität (Sorte) gedeckt sein lassen, während in der deutschen Praxis[3] und Rechtsprechung in der Regel gerade entgegengesetzt entschieden wurde — kam man von einer richtigen Deutung der Klausel immer mehr ab.

1) ZHR. LI, S. 358/9. cf. ZHR. XXXVIII, 359.
2) ZHR. LI, 343.
3) ZHR. LI, 449.

Gestützt auf die erste theoretische Behandlung der Klausel in Deutschland (Voigt im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. II S. 297) vertrat die Judikatur eine ganze Zeit hindurch den Standpunkt, dass durch die Klausel tel quel die Gewährleistungspflicht des Art. 335 HGB_1 durchbrochen und das Haftungsprinzip des römisch-gemeinen Rechts[1] wieder zur Geltung gebracht sei. Eine Wandlung zeigt sich erst in den Erkenntnissen der 90er Jahre, herbeigeführt durch die oben erwähnte Reichsgerichtsentscheidung vom Jahre 1886 und des nach sorgfältiger, umfassender Beweisaufnahme und Sachverständigenvernehmung ergangene Urteil des Hamburger Berufungsgerichts.[2]

Eine Klärung und Feststellung des verschwommenen, unsicheren Begriffes hat in jüngster Zeit Boden-Hamburg in seinen schon angeführten Darlegungen unternommen und damit m. E. die Intentionen des Kaufmannes vollauf getroffen, indem er vor allem darauf hinweist, dass die Klausel, für den überseeischen Handel bestimmt, die Schwierigkeiten beseitigen soll, welche durch die Ungewissheit über die Beschaffenheit der verkauften aus einem transozeanischen Lande stammenden Ware entstehen.

Der Kaufmann kann sich bei der grossen Entfernung und den oft unsicheren unberechenbaren Verhältnissen in den überseeischen Produktionsländern, die oft jede Einwirkung auf die Auswahl, Behandlung, Transport usw. der Waren ausschliessen, nicht auf genaue Erfüllung seiner Bestellung seitens der übersee-

1) l. 52 D. mandati 17,1.
2) Vgl. Kompe in ZHR. XXXVIII, 361 ff.

ischen Lieferanten verlassen, er kauft selbst unter grossem Risiko. Um sich nun beim Weiterverkaufen gegen „die unberechenbaren Zufälligkeiten", denen die Ware bis zur Verschiffung ausgesetzt ist, einigermassen zu sichern, verkauft er unter der Klausel „tel quel", die Ware falle, wie sie falle. Der Käufer ist dann gehalten, die eingetroffene Ware auch dann abzunehmen, wenn sie eben infolge dieser unberechenbaren Zufälligkeiten minderwertiger ausgefallen ist, als vereinbart war.

Es liegt hier ein starkes aleatorisches Moment in dem Kauf mit dieser Klausel. Der Käufer kauft eine Ware von der vertragsmässigen Eigenschaft, berechnet sich bei Bemessung des Kaufpreises aber gleich einen Verlust ein, der unter Umständen entstehen kann durch Vorhandensein bestimmter Fehler und Mängel, mit denen man bei Waren, die aus einem bestimmten überseeischen Lande kommen, rechnen muss. Also nicht alle Zufälligkeiten deckt die Klausel, sondern nur die, welche in der Natur der Sache, in den einmal gegebenen unsicheren Verhältnissen dieses Landes liegen, die der Einwirkung des Verkäufers entzogen sind. Nicht würde z. B. ein Qualitätsmangel hierunter fallen, der durch ein persönliches Verschulden des Farmers oder Pflanzers herbeigeführt wäre oder der nicht zu den typischen Fällen, zu den Eigentümlichkeiten zählte, mit denen man in diesem Lande rechnen musste. Die typischen Fälle werden sich hierfür in den Kolonialgebieten ergeben, in denen mit der recht wenig zuverlässigen, einheimischen farbigen Bevölkerung gearbeitet wird, deren genaue Überwachung bei der Arbeit wegen der grossen Zahl garnicht durchführbar ist.

Sodann sind in diesen Ländern die Beförderungsmittel vom Hinterlande nach der Küste meistens derartig unentwickelt und unzuverlässig, dass die Waren schon auf dem Transporte durch Witterungseinflüsse viel zu leiden haben, sodass schon der überseeische Lieferant nicht für genau vertragsmässige Lieferung einstehen kann.

Innerhalb dieses Kreises der unter Umständen zu erwartenden Mängel ergreift die Klausel alle ohne Ausnahme, mit derartigen zu erwartenden Fehlern behaftete Waren muss der tel quel-Käufer als Erfüllung annehmen.

Der Verkäufer hat natürlich alles zu tun, was in seinen Kräften steht, um eine den getroffenen Abreden entsprechende Lieferung herbeizuführen; er ist nicht etwa gedeckt, wenn er mit Rücksicht auf die Klausel seinen überseeischen Lieferanten anwiese, minderwertige Ware zu senden, in der Hoffnung, die Abweichung von der vertragsmässigen Beschaffenheit werde dann unter den Schutz der Klausel fallen. Nur soweit dem Verkäufer eine Einwirkung auf Herbeiführung vertragsmässiger Lieferung unmöglich war, wo dieser selbst mit unkontraktlicher Lieferung rechnen musste, reicht der Schutz der Klausel. Auch braucht der Käufer nicht eine Ware abzunehmen, deren Beschädigung und Verderb zurückzuführen ist auf den Seetransport, z. B. bei Eindringen von Seewasser in den Schiffsraum,[1] wohl aber ist Transportschaden durch die Klausel gedeckt, wenn er entstanden ist bei Beförderung der Ware in dem Produktionslande nach dem Seehafen. Denken wir z. B. an die Lieferung von Tabak, der auf

1) ZHR. XXXVIII, 362 u. L. I, 371.

Maultieren über das Gebirge nach dem Hafen gebracht wird und unterwegs infolge von Regengüssen und des Lagerns der Tiere viel Feuchtigkeit aufnimmt, sodass die Tabaksblätter qualitativ sehr leiden, begünstigt vielleicht noch durch den Umstand, dass infolge des starken Regens während der Erntezeit ein vollständiges Trocknen unmöglich war und der Tabak noch feucht verpackt werden musste.

Bei einem infolge solcher Umstände, die sich aus den Eigenheiten des Produktionslandes ergeben, eintretenden qualitativen Minderausfall ist der Käufer gehalten, die Ware so abzunehmen wie sie ausfällt.

Allerdings wird man nicht so weit gehen können wie Boden, der in seinen Ausführungen zur Klausel verlangt, dass der Käufer zur Empfangnahme verpflichtet sei, wenn die Beschädigung und der Minderwert ein noch so grosser ist, die Ware z. B. gänzlich verdorben und unbrauchbar ist.[1] Das dürfte den kaufmännischen Intentionen nicht entsprechen. Ungefähr den getroffenen Abmachungen entsprechend und so wie man es im konkreten Fall unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Produktionslandes normalerweise erwarten konnte, muss die Ware doch ausfallen; jedenfalls muss sie noch „marchande" sein, d. h. Gegenstand des Handelsverkehrs sein, weiter verkauft werden können, wenn auch nur als Ware minderer Qualität.

Die Klausel „tel quel" wird in Hamburg auch noch gebraucht beim Handel in kurzen (kurzsichtigen, kurze Zeit nach Sicht zahlbaren) Wechseln.[2] Diese werden

1) eod. LI, 371.
2) Sal. 1, S. 208.

gehandelt „so wie sie sind", unter Ausschluss jeglicher Gewährleistungspflicht für bestimmte Eigenschaften; sie sind dann lieferbar ohne Rücksicht darauf, ob sie akzeptiert sind, mit dem Wechselstempel versehen, ob die erforderlichen Übersetzungen bei Wechseln in russischer oder polnischer Sprache vorhanden sind usw.

Wesentlich für die Anwendbarkeit der Klausel ist jedoch, dass der Kurs, zu dem diese kurzen Wechsel gekauft sind, vorher vereinbart ist.

Diese letztere Art der Klausel tel quel beschränkt sich also nicht auf den überseeischen Handel, wohl aber soll sie für Unsicherheiten in dem Ausfall einer Ware Vorkehrung treffen; ihre Anwendung giebt dem Willen der kaufmännischen Kontrahenten Ausdruck, dass bei kurzen Wechseln, deren Kaufpreis vorher vereinbart ist, der Käufer zur Abnahme verpflichtet sei, auch wenn gewisse Erfordernisse fehlen, die sonst zur Lieferbarkeit eines Wechsels gehören. In beiden Fällen sind also bei einem nicht vertragsmässigen Ausfall dem Käufer die Gewährleistungsansprüche abgeschnitten.

Die Klausel in beiden Arten bildet eine Eigentümlichkeit des Handelskaufes; der Natur des bürgerlichen Kaufes entsprechend, kommt sie bei diesem nicht in Betracht. Vor allem gehört sie dem Gebiete des Grosshandels an und ferner allein dem zweiseitigen Handelskauf; nur die letztere Art der Klausel im Handel mit kurzen Wechseln wird auch beim einseitigen Handelskauf zu finden sein.

Teil II.

Die Besonderheiten des Handelskaufes bezüglich der beiderseitigen Rechte und Pflichten bei Lieferung mangelhafter Ware.

Eine den gesetzmässigen und vertraglichen Anforderungen entsprechende Ware nennt man in der Handelssprache „empfangbar“, [1] „lieferbar“, [2] und der Käufer ist verpflichtet, eine solche als Erfüllung anzunehmen.

Eine mangelhafte Ware, die in alten hanseatischen Quellen bezeichnet wird als „wandelbar“, [3] „ungheve“, [4] „laua irracionabilis“, [5] „vorsmalik und vorwerplich“, [6] braucht der Käufer dagegen nicht zu empfangen, d. h. mit ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung annehmen [7]

§ 9.

Die Rechte des Käufers bei mangelhafter Lieferung.

Die Rechte und Pflichten, welche im Handelskauf bei nicht ordnungsmässiger Lieferung für Käufer und

1) Vorwiegend im norddeutschen, hanseatischen Handel gebraucht.

2) Die häufigere im ganzen deutschen Verkehr vorkommende Bezeichnung. Vgl. Goldschmidt, Hdbch. II, 549.

3) Lübisches Urkundenbuch: 1843–84, VII, n. 823; IV, n. 137. Rüdiger, Die ältesten Hamburger Zunftrollen, 1874, Art. 19, S. 87.

4) Bodemann, „Die älteren Zunfturkunden der Stadt Lüneburg“ in den Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens, I, S. 71.

5) Hanseatisches Urkundenbuch, von Constantin Hohlbaum bearbeitet, 1876–1886, III, n. 571.

6) Crull, Das Amt der Goldschmiede in Wismar 1887, Anl. I, Art. 1; Anl II, Art. 1.

7) Goldschmidt, Hdbch., II, S. 549.

Verkäufer entstehen, sind im Allgemeinen dieselben wie beim Kauf nach bürgerlichem Recht. Das HGB. hat hierüber keine besonderen Bestimmungen getroffen, sodass die einschlägigen Paragraphen des BGB. eintreten.

Der Käufer würde demnach bei Lieferung einer mangelhaften Sache einen Anspruch haben auf Wandelung, Minderung, und unter Umständen Schadensersatz,[1] beim Genusskauf ferner noch auf Nachlieferung einer mangelfreien Ware.[2] Diese Rechte hat er geltend zu machen innerhalb von 6 Monaten nach erfolgter Ablieferung, widrigenfalls ihm der Verkäufer die Einrede der Verjährung entgegensetzen kann. Hat der Käufer eines dieser Rechte zwar noch nicht geltend gemacht, abe doch vor Ablauf der Verjährung die Ware beanstandet oder eine entsprechende Mängelanzeige an den Verkäufer abgesandt, so kann er zwar nicht mehr petitorisch, wohl aber noch einredeweise durch Verweigerung des Kaufpreises zu seinen Rechten gelangen. Zu einer solchen Verweigerung ist er insoweit befugt, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde.

a) Die Rügepflicht.

§ 10.

α) Allgemeines. β) Historisches.

α) Bevor der Kaufmann von den Gewährschaftsrechten Gebrauch machen kann, hat er noch bestimmten Erfordernissen nachzukommen. Es genügt

1) BGB. §§ 462,3.
2) eod. § 480 I.
3) eod. § 478 I.

nicht, dass er innerhalb der 6 monatigen Verjährungsfrist des BGB. dem Verkäufer die vertragswidrige Beschaffenheit der gelieferten Ware, unter Rückweisung derselben als Erfüllung, anzeigt, sondern HGB.[2] § 377[1] legt ihm für den Fall, dass der andere Kontrahent auch Kaufmann ist, also beim zweiseitigen Handelskauf, nicht auch beim einseitigen, wie nach HGB., Art. 347, die Pflicht auf die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer ebenfalls unverzüglich Anzeige zu machen. In dieser Rügepflicht liegt die wichtigste Besonderheit, welche sich beim Handelskaufe bezüglich der Gewährleistung für Sachmängel gegenüber dem bürgerlichen Kauf und dem Handelskauf im weiteren Sinne ergiebt.

β) Die kaufmännische Rügepflicht ist schon sehr alt, sie stammt aus dem deutschen Recht und zwar aus dem hanseatischen Handel. Nach hanseatischen Quellen[1] musste der Käufer die Ware „besehen", ehe er sie in seine Gewere brachte, und etwaige Mängel sofort rügen. So schreibt das Stadtrecht von Wisby vor: „so relk man in der stadt copet oder vorkopet, de prove wat he cope," und die Rolle der Hamburger Gerber sagt: „idt en schell ok neen man hude kopen, he enhebbe se besehen."[2]

Offenbare Mängel waren also sofort zu rügen, schon ehe die Ware angenommen wurde. Das ist natürlich nicht möglich, wenn dem Käufer die Ware

1) Conze, S. 93.
2) Rüdiger a. a. O. n. 15, Art. 14.

beim Vertragsschlusse garnicht vorgelegen hat, wie bei Bestellungen an auswärtige Handelsleute. In solchen Fällen stand dem Käufer das Recht zu — und er hatte auch die Pflicht — sofort nach Ankunft der Ware dieselbe zu untersuchen und sie bei Fehlerhaftigkeit entweder zurückzusenden oder dem Verkäufer von der mangelhaften Beschaffenheit Mitteilung zu machen. Sehr interessant ist es zu sehen, in welcher Weise der Käufer oft seiner Rügepflicht nachkam. Er tat es nämlich z. B. daduch, dass er sich an den Rat seiner Stadt wandte, der dann seinerseits wieder mit dem Rat der Heimatsstadt des Verkäufers in Verbindung trat und die Rechte seines Bürgers auf diesem diplomatischen Wege wahr nahm.[1] Es seien einige Beispiele angeführt aus dem schon citierten Lübischen Urkundenbuch.

So verwandte sich die Stadt Braunschweig für einen ihrer Bürger bei dem Rate der Stadt Lübeck, weil dieser unter einer Sendung Heringe eine Tonne verdorbener Ware erhalten hatte.[2] Die Stadt Riga wandte sich ebenfalls an Lübeck wegen Lieferung fehlerhafter Leinwand an einen ihrer Bürger.[3]

In Riga lässt sich ferner ein Kaufmann durch die Älterleute daselbst bekunden, dass ihm bestelltes Wachs in mangelhaftem Zustande abgeliefert sei, woran Conze a. a. O. S. 103 die Bemerkung knüpft, dass dieser es wohl getan habe, um ein sicheres Beweismittel dafür zu haben, dass er rechtzeitig die Mängel rügt, aber wegen Unkenntnis des augenblicklichen Aufenthalts-

1) Vgl. Conze, S. 105.
2) Lüb. Ub. IV, n. 522, S. 574.
3) eod. I, n. 1750, S. 680.

ortes des Verkäufers nicht sofort habe Nachricht geben können.

So haben wir sichere Belege, dass die heutige Rügepflicht in ähnlichem Masse wie heute, schon um das 13. Jahrhundert bestanden hat.

1. Die Voraussetzungen der Rügepflicht.

§ 11.

Die Rügepflicht beim Kauf nach bürgerlichem Recht und HGB.

BGB. erwähnt nichts von einer unverzüglichen Rügepflicht, es begnügt sich mit den Grundsätzen über Treu und Glauben und weist auf die Verkehrssitte hin, welche in streitigen Fragen eine Antwort für den konkreten Fall geben müssen.[1] Generell giebt es demnach eine Untersuchungs- und Anzeigepflicht nicht im BGB., vielmehr können die Rechte rechtzeitig immer noch wahrgenommen werden bis zum letzten Zeitpunkt der 6monatigen Frist. Doch Treu und Glauben werden es dem Käufer auch beim bürgerlichen Kauf bisweilen zur Pflicht machen, seinen Gegenkontrahenten möglichst umgehend von der Entdeckung eines Mangels Nachricht zu geben oder auch die gekaufte Sache alsbald nach ihrem Empfange auf ihre vertragsmässige Beschaffenheit hin näher anzusehen, wenn er sich nicht der Gefahr eines Genehmigungspräjudzes aussetzen will.

Das alte HGB. beschränkte die Anzeigepflicht auf Distanzkäufe, wo die Ware zwecks Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer an einen andern Ort

1) Vgl. Motive z. BGB. II, S. 226. Oertmann, S. 184.

übersandt war, hatte aber eine Erweiterung, wie schon S. 58 bemerkt, insoweit, als die Rügepflicht nicht nur bestand, wenn ein zweiseitiger Handelskauf vorlag, sondern schon dann, wenn der Kauf nur auf Seiten des einen der Vertragschliessenden ein Handelsgeschäft war.[1]

Diese unterschiedliche Behandlung hat etwas Unlogisches, da sie auf der einen Seite zu viel, auf der andern Seite zu wenig verlangt. Der Sinn, welcher dem Rechtsinstitut der Rügepflicht zu Grunde liegt, ist doch der, dass im Handelsverkehre ein erhöhtes Mass von Treu und Glauben nötig sei. Die schnelle Umsatzfähigkeit von Waren bringt es mit sich, dass die Realisierung der Kaufverträge möglichst schnell von statten gehen und der Verkäufer umgehend erfahren muss, wie seine Erfüllung vom Käufer aufgefasst worden ist. Bleibt er hierüber längere Zeit im Unklaren, so können ihm grosse materielle Nachteile erwachsen, während andererseits der Käufer die Möglichkeit hat, in unredlicher Weise, je nach Lage der Konjunktur, aus dem Schwebezustande der Ungewissheit zum Schaden des Verkäufers Nutzen zu ziehen; denn dieser wäre bei schneller Erledigung einer etwaigen Beanstandung der Ware in der Lage gewesen, dieselbe unter günstigen Bedingungen anderweitig zu veräussern. Deshalb muss es als eine Unbilligkeit erscheinen, wenn nur bei Versendung der Ware nach ausserhalb, nach einem „andern Ort", der Käufer verpflichtet sein sollte, etwa vorhandene und durch ordnungsmässige Untersuchung sofort erkennbare Mängel unverzüglich mitzuteilen. Der Verkäufer hat doch auch beim Platzkaufe das gleich grosse

1) HGB., Art. 347.

Interesse, zu erfahren, ob seine Lieferung als ordnungsmässig anerkannt wird oder nicht, zumal es noch hier um so leichter ist, dem Käufer schnelle Nachricht zukommen zu lassen, es sogar als besonders grober Verstoss gegen Treu und Glauben aufgefasst werden müsste, wenn der Käufer die mannigfachen und bequemen Wege zur Nachrichtenübermittelung, wie Telefon, Boten, persönliche Rücksprache, nicht benutzen wollte. Auf Grund dieser selbstverständlichen Erwägungen haben denn auch verschiedene Staaten[1] bei der Einführung des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches die Rügepflicht ausgedehnt auch auf den Platzkauf.

§ 12.

Die Rügepflicht beim ein-seitigen Handelskauf.

Was die Anwendung des Art. 347 HGB.$_1$ auch auf den einseitigen Handelskauf anbetrifft, so liegt in dieser Vorschrift in ihrer Ausnahmslosigkeit eine Härte für den nicht kaufmännischen Käufer da, wo er zu einer ordnungsmässigen Untersuchung nicht die nötige Fachkenntnis besass und man ihm eine Untersuchung durch Sachverständige nicht gut aufbürden konnte. Das neue Handelsgesetzbuch hat nun den Schritt, der hier zu tun war, etwas zu gross genommen, indem es zwar die Rügepflicht auf Platzkäufe erweiterte, aber in soweit in ein anderes Extrem verfiel, als es dieselbe unter allen Umständen auf die zweiseitigen Handelskäufe beschränkte. Diese übermässige Entlastung des

1) Einführungsgesetz für Hannover: § 28; Schleswig-Holstein u. Lauenburg: § 53; für beide Mecklenburg: § 39; für Oldenburg: § 24; für Bremen: § 23.

einseitigen Handelskaufes wirkt aber nicht so starr, weil als Korrektiv die Vorschriften des BGB.[1] über Treu und Glauben und Verkehrssitte eintreten, die in gewissen Fällen mindestens dem kaufmännischen Käufer eine unverzügliche Untersuchungs- und Anzeigepflicht auferlegen werden; wollte doch § 377 HGB.[2] nicht eine Abschwächung der Pflichten der Kaufleute gegenüber dem früheren Rechte bezwecken, sondern nur die strikte Vorschrift der Untersuchungspflicht für Nichtkaufleute beseitigen.[2] Innerhalb enger Grenzen wird auch der nicht kaufmännische Käufer zu einer unverzüglichen Rüge verpflichtet sein, wenn er nicht als stillschweigend genehmigend gelten und seiner Rechte verlustig gehen will.[3]

§ 13.

Die Ablieferung.

Eine weitere Voraussetzung der Rügepflicht ist, dass es zu einer wirklichen Ablieferung der Ware an den Käufer gekommen ist, worunter der Akt zu verstehen ist, durch den die Ware, nachdem der Verkäufer sie aus seinem Besitz und seiner Verfügungsgewalt an

1) Vgl. Mot. BGB., S. 230: Selbstverständlich ist hierdurch nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfalle nach den Umständen aus der Unterlassung der möglichen Untersuchung bezw. der Rüge der Schluss auf den Verzicht des Empfängers auf seine Rechte gerechtfertigt sein mag.

2) RG Bd. 49, S. 158 ff.

3) Vgl. vor allem das ausführliche Urteil des II. Civilsenats des Reichsgerichts vom 1. 11. 1901 (RG. Bd. 49, S. 158 ff). So auch Staub II, S. 1378/9; Dickel, S. 104; Gareis, D. St. S. 35, Anm. 2; Prot. ADHG. S 646, 653. cf. Lehmann-R, S. 152/3; Fuchsberger Entsch. S. 959 zu § 377.

den Käufer entlassen hat, zu diesem in ein solches räumliches Verhältnis gebracht wird, dass er die Möglichkeit hat, sei es selbst, sei es durch einen Vertreter,[1] sie in seinen unmittelbaren Besitz zu nehmen[2] und eingehend zu untersuchen. Es ist also die Ablieferung ein rein einseitiger Akt des Verkäufers, der allerdings mit Einwilligung des Käufers[3] vorgenommen sein muss, wenn er rechtserheblich sein soll.

Es genügt, dass der Käufer die blosse Möglichkeit hat, die Ware in seine Verfügungsgewalt zu nehmen.[4] A. M. ist freilich Staub II, 1351, der verlangt, dass der Käufer auch wirklich Gebrauch gemacht haben muss von der Möglichkeit, widrigenfalls es zur Ablieferung garnicht gekommen sei.

Die blosse Übergabe eines Frachtbriefes oder von Dispositionspapieren, wie eines Konossements, Lagerscheines stellt noch keine Ablieferung dar,[5] ebensowenig die Übergabe der Ware seitens des Verkäufers an einen vom Käufer mit dem Abholen beauftragten Frachtführer oder Spediteur, es sei denn, dass dieser besonders für die Untersuchung und Billigung Vollmacht erhalten hat.

Bei Platzkäufen stellt sich die Sachlage so, dass entweder inter praesentes vom Verkäufer die Ware unmittelbar dem Käufer übergeben wird, dann fallen Übergabe und Ablieferung zusammen, oder die reale Übergabe geschieht durch Übersendung in die Wohnung

1) ROHG V, 397. Vgl. RG. VI, 61; Bolze, XIII, Nr. 439.
2) Hanaus. II, 31, Anm 6; Lehmann-R, S 157, Nr. 24.
3) ROHG. II, 252; VIII, 29; XIV, 294; ZHR. XXXVIII, 237.
4) Ebenso anscheinend Lehmann-R., S. 157, Nr. 24; v. Hahn II, 297.
5) RG. V, 32.

oder Geschäftsräume des Käufers, dann greifen dieselben Regeln Platz wie beim Distanzkauf.

Soll Ablieferung an einen Bevollmächtigten in Betracht kommen, so ist erforderlich, dass derselbe zur Untersuchung und Genehmigung der Ware besonders bevollmächtigt war. Ist z. B. ein Fuhrmann damit beauftragt, eine Ware von einem andern Orte — mag dieser Ort gleichzeitig Erfüllungsort sein oder nicht — für den Käufer anzufahren, ohne dass er aber für die Empfangnahme und Billigung oder Beanstandung derselben mit Vollmacht versehen ist, so hat der Käufer seine Rechte aus Mangelhaftigkeit der Ware nicht verloren, wenn er diese erst rügt, nachdem der Fuhrmann ihm die Ware in seiner Wohnung oder seinen Geschäftsräumen abgeliefert hat und er nun persönlich den Zustand der Ware auf ihre Vertragsmässigkeit untersucht.[1]

§ 14.

Die Pflicht zur Annahme der übersandten mangelhaften Ware.

Bei Beanstandung einer „von einem andern Ort" übersandten Ware ist der Käufer verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen.[2] In dieser Vorschrift liegt zugleich für den kaufmännischen Empfänger die Pflicht, die vertragswidrige Ware vorläufig anzunehmen,[3] ein Erfordernis, das derselben ratio, wie die Aufbewahrungspflicht, entspringt: Vermeidung aller

1) ROHG. V, 394—397.

2) HGB.2 § 379.

3) Vgl. Lehmann-R, S. 178, Nr. 11; Staub II, S. 1385, Anm. 2aα; Busch XIX, S. 347; v Hahn, zu Art. 348, § 1, Anm.

unnötigen Kosten und zu einem gewissen Teile Wahrnehmung der Interessen des Verkäufers. Der Käufer darf daher — vielleicht abgesehen von ganz krassen Fällen, in denen der Verkäufer Ware lieferte, die von der Bestellung so erheblich abwich, dass die Genehmigung derselben als ausgeschlossen betrachtet werden musste — wenigstens die vorläufige Abnahme der gelieferten Ware nicht verweigern, sodass dieselbe etwa wieder zurückgehen müsste, was ausser den Kosten der Rückfracht unter Umständen auch noch andern Schaden verursachen könnte. Nehmen wir z. B. an, dass eine Ladung Getreide unterwegs während des Wassertransportes durch Feuchtigkeit gelitten habe und schimmelig geworden sei. Nun beanstandet der Käufer die Ware und nimmt sie nicht ab, sodass das Getreide wieder zurückgeht und auf dem Rücktransport völlig verdirbt, oder wenn es nicht vom Verkäufer zurückbeordert wird, während des schutzlosen Daliegens einer erheblichen weiteren Verschlechterung verfällt. Hier wäre somit die Ladung ganz oder doch zum Teil wertlos geworden, während bei einer obligatorischen Annahme- und Aufbewahrungspflicht durch das Umladen und die dem Käufer obliegende sachgemässe Unterbringung einem weiteren Verderb Einhalt getan oder der Schaden sogar gänzlich behoben werden kann durch Lüften, Umschaufeln usw. des Getreides. Im Notfalle hätte hier der Käufer auch von seinem Selbsthilfeverkaufsrecht Gebrauch machen und wenigstens retten können, was zu retten war. Durch geringe Unkosten und Mühe wäre hier der Verkäufer vor einem bedeutenden Schaden bewahrt worden.

Beim Handelskauf im weiteren Sinne kommt wegen der Art seiner Objekte eine Annahmepflicht nicht in Betracht.

Auch beim bürgerlichen Kauf ist im Allgemeinen eine solche Pflicht nicht anzunehmen. Der Käufer braucht hier nicht die ihm übersandte vertragswidrig ausgefallene Kaufsache anzunehmen, sondern er kann ohne Weiteres die Annahme verweigern; hier fehlt ja eben die Pflicht zur besonderen gegenseitigen Rücksichtnahme in der Abwickelung des Kaufgeschäfts, welche unter Kaufleuten in höherem Masse erforderlich ist und somit dem Handelskauf sein eigenartiges Gepräge giebt. BGB. § 433 II sagt zwar, der Käufer sei verpflichtet, die Sache abzunehmen, aber es ist damit nur eine vertragsmässig ausgefallene Sache gemeint.[1]

Eine weitere Besonderheit in der Annahme der übersandten und mangelhaft befundenen Waren tritt gegenüber dem BGB. ferner dann ein, wenn es sich um äusserlich sofort erkennbare Mängel handelt. Die kaufmännische Pflicht zur besonderen Rücksichtnahme auf den Verkäufer legt es in solchen Fällen dem Käufer ob, noch ehe er die Ware dem Frachtführer abnimmt und die Fracht und sonstigen auf der Ware lastenden Forderungen begleicht, den fehlerhaften Zustand der Ware durch amtlich bestellte Sachverständige feststellen zu lassen. Bei Unterlassen dieser Massnahme würden sonst alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage erlöschen.[2] Vor diesem Schaden seinen Geschäftsfreund zu bewahren, ist kollegiale Pflicht des Käufers.

1) Vgl. Oertmann zu § 433, S. 156.
2) HGB.2 § 438.

§ 15.

Die Pflicht zur Aufbewahrung der übersandten und beanstandeten Ware.

Was die in HGB.2 § 379 genannte Aufbewahrungspflicht betrifft, so ist auch sie ein Ausfluss des besonderen Masses von Treu und Glauben unter Kaufleuten und dadurch, dass sie beim 2-seitigen Handelskauf besonders genannt ist, ergiebt sich, dass sonst beim Kauf eine solche Pflicht nicht besteht.

Beim bürgerlichen Kauf und in der Regel auch beim einseitigen Handelskauf ist ja der Käufer berechtigt, die Annahme der übersandten mangelhaften Sache zu verweigern, nimmt er sie aber an, so machen es ihm die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über Treu und Glauben und Verkehrssitte in den meisten Fällen zur Pflicht, das beanstandete Gut nicht schutzlos liegen zu lassen. Schon im eigenen Interesse muss sich der Käufer der Sache annehmen, denn verlangt er nachher Wandelung und zeigt sich bei Rückgabe des Kaufgegenstandes eine Verschlechterung desselben, so kann ihm leicht eine culpa imputiert werden, und er hätte nach BGB. § 347 den Schaden zu ersetzen. Ja, das Wandelungsrecht kann ihm gänzlich abgeschnitten sein, wenn die Verschlechterung eine wesentliche ist, der Gegenstand oder ein erheblicher Teil desselben völlig verdorben und vernichtet ist und dies auf ein Verschulden des Käufers zurückgeführt wird.[1]

Beim Platzkauf wird der Käufer nicht verpflichtet sein, sich der mangelhaften und von ihm beanstandeten Ware anzunehmen, er wird sie ohne weiteres zurück-

1) BGB. § 351.

weisen, zurücksenden können; denn hier ist ja der Verkäufer selbst in der Lage, für die Ware zu sorgen und sofort schützend einzugreifen. Anderer Ansicht ist freilich anscheinend Staub,[1] der sich aber selbst widerspricht, indem er zuerst für gewisse Fälle, die nach Treu und Glauben zu bestimmen seien, dem Käufer eine Aufbewahrungspflicht auferlegt, im nächsten Satze aber sagt, man könne dem Käufer eine solche Pflicht nicht auferlegen, es müsse ihm vielmehr die Rücksendung der Ware gestattet sein. Der Unterschied, den er macht zwischen „einstweiliger Schutzpflicht" und der im § 379 geforderten „Aufbewahrung" ist doch ein recht platonischer. Die Aufbewahrungspflicht aus § 379 ist auch eine Schutzpflicht, und zwar wird vom Gesetze auch nur eine „einstweilige" verlangt, also dasselbe, was Staub für den Platzkauf postuliert. Ebenso wie die Annahmepflicht, so kann auch nicht die Aufbewahrungspflicht analog auf den Platzkauf ausgedehnt werden, da hier eben die ratio fehlt, der Grund, der zur Einführung dieser beiden Rechtsinstitute führte,

Der Käufer beim zweiseitigen Handelskauf hat der Aufbewahrungspflicht unter allen Umständen nachzukommen, selbst wenn ihm Kosten dadurch entstehen und er für diese durch sein kaufmännisches Retentionsrecht nicht gedeckt sein sollte.[2] Er kann die Ware in eigenen Räumen aufbewahren oder bei einem Dritten in Verwahrung geben; nur hat er bei dessen Auswahl

1) Staub II, 1387, Anm. 26.

2) ROHG. XX, 206, A. M. Cosack, HR. S. 200, Nr, 2: ferner Seufferts Archiv XIX, 49; ZHR. XII, 283.

die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden, damit er nicht für ein etwaiges Verschulden desselben haftbar gemacht werden kann. Aus ordnungswidriger Aufbewahrung gegen den Dritten entstehende Rechte hat er dem Verkäufer abzutreten. [1]

Übernimmt der Käufer persönlich die Aufbewahrung, so hat er sie in zweckentsprechender Weise und unter Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, [2] eventuell sogar nach fachmännischen Gesichtspunkten durchzuführen. So hat er bei Getreide für Durchlüftung und Trockenheit des Raumes, bei längerem Lagern auch für Umschaufeln zu sorgen, bei Vieh für dessen Fütterung, Reinhaltung, Bewegung (bei Pferden) u. s. w. Zu einer Versicherung der Ware wird der Käufer im Allgemeinen nicht verpflichtet sein, [3] doch richtet sich das natürlich nach der Beschaffenheit derselben. Ein ordentlicher Kaufmann wird z. B. feuergefährliche Waren, die er auf Lager hält, versichern, und man wird daraus für den aufbewahrenden Kaufmann in gleicher Weise eine Pflicht herleiten, solche leicht entzündbaren Stoffe zu versichern; denn das entspräche der Pflicht eines ordentlichen Kaufmannes.

Nach § 354 [1] HGB. kann der Käufer Lagergeld zu den ortsüblichen Sätzen verlangen, auch wenn er die Aufbewahrung in eigenen Räumen besorgt; [4] und er erhält ausserdem sämtliche baren Auslagen, die ihm durch die Aufbewahrung und Behandlung der Ware

1) ROHG. XX, 203; Bolze, XVIII, Nr. 438.
2) ROHG, § 347 [1].
3) ROHG. VII, 360 ff.
4) ROHG. VII, 360, 362, 3. RG. I, 284 5. Bolze V, Nr. 663; VI, Nr 485; IX, Nr. XI, 231; Nr. 403; XXIII, Nr. 510.

entstanden sind, zurückerstattet, wenn die Beanstandung der Ware sich als eine begründete herausstellt.

Die Beanstandung bezieht sich nicht bloss auf einen Qualitätsmangel, wie Cosack HR. S. 200, Nr. 4 annimmt, sondern die Aufbewahrungspflicht greift auch Platz, wenn die Beanstandung erfolgt wegen Lieferung eines aliud, einer andern Qualität und selbst dann, wenn der Verkäufer die Genehmigung des Kaufes infolgedessen als ausgeschlossen betrachten musste.[1] Sind die Waren einmal angenommen, so tritt auch die Aufbewahrungspflicht ein.

Die Aufbewahrungspflicht ist nur eine vorläufige; der Käufer hat nur so lange für die Ware zu sorgen, bis der Verkäufer selbst in der Lage ist, die Sorge für die Ware zu übernehmen oder einen Dritten damit zu betrauen. Von diesem Zeitpunkt ab haftet der Käufer auch nicht mehr für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, sondern nur noch für Vorsatz und grobes Verschulden.[2] Der Verkäufer darf dem Empfänger die Aufbewahrung nicht zu lange aufbürden; trägt er nicht selbst, sobald ihm das möglich ist, Sorge, so ist der Käufer, abgesehen von der Abschwächung seiner Haftbarkeit, seiner Pflicht enthoben und kann die Ware sogar zurücksenden, oder, da er zu einer solchen Rücksendung nicht verpflichtet ist, auf Wiederabnahme derselben klagen.[3]

Die Schutzpflicht des Käufers fällt — cessante ratione juris — fort, wenn der Verkäufer ein Zweig-

1) Vgl. Staub II, S. 1384, Anm. 11; Lehmann-R. S. 177, Nr. 4.
2) BGB. § 300; RG. XXXXIII, 32; ROHG. I, 209.
3) ROHG. VII, 358, 9.

geschäft am Ablieferungsort hat; der Käufer ist in solchen Fällen berechtigt, die beanstandete Ware ohne Weiteres dort abzugeben; dagegen ist ihm seine Pflicht noch nicht allgemein abgenommen, wenn ein Agent des Lieferanten sich am Orte befindet.[1] Hier kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Es wird darauf ankommen, ob der Agent berechtigt ist, für den Verkäufer soweit einzutreten, dass er als befugt erscheint, die Sorge für die Ware zu übernehmen.

Aus der Pflicht zur Aufbewahrung und Beobachtung von kaufmännischer Sorgfalt hierbei entspringt auf Seiten des Verkäufers ein Recht auf Schadloshaltung, wenn der Käufer dieser seiner Pflicht nicht oder nicht in ordnungsmässiger Weise nachkommt. Die Rechte des Käufers aus der Mangelhaftigkeit der Ware werden aber durch sein pflichtwidriges Verhalten und die Schadensersatzansprüche des Verkäufers nicht berührt.[2]

Bei unbestellt zugesandten Waren wird in der Regel der Adressat ebensowenig wie zu einer Annahme, so auch nicht zur Aufbewahrung verpflichtet sein; denn § 379 HGB. spricht nur von perfekten Käufen. Immerhin können auch hier Fälle vorkommen, wo der kaufmännische Adressat solche Pflicht hat. Steht er z. B. mit dem Absender in Geschäftsverbindung und konnte dieser vielleicht aus früheren Fällen, in denen der Adressat die unbestellt zugesandten Waren angenommen und behalten hat, schliessen, dass auch die vorliegende Sendung dem Geschäftsfreund zusagen und er sie bereitwilligst abnehmen werde, so wird man sagen müssen,

1) ROHG. XVII, 173.
2) ROHG. XIII, 437/8.

dass die kaufmännische Kollegialität auch hier eine Aufbewahrungspflicht von dem Adressaten erfordert, wenn er in dem einen Falle einmal die unbestellt zugesandte Ware aus irgend einem Grunde nicht behalten will.[1]

§ 6.

Das Recht des Notverkaufs der aufbewahrten Ware.

Sowohl im Interesse des Verkäufers wie des Käufers[2] ist in § 379 II HGB. die Bestimmung getroffen, dass Letzterer bei Aufbewahrung der beanstandeten Ware berechtigt sein solle, diese in gewissen Fällen ohne vorherige Erlaubnis des Verkäufers zu veräussern. Dieses sogenannte Notverkaufsrecht besteht nur unter den beiden Voraussetzungen, dass die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen d. h. es muss die begründete Befürchtung bestehen, dass die Ware durch längeres Lagern dem Verderb, einer innern Zersetzung anheim fallen werde, wodurch die weitere Verwertbarkeit aufgehoben oder stark beeinträchtigt würde, oder wenn es sich um Wertpapiere handelt, dass eine erhebliche oder gänzliche Entwertung durch starkes Fallen des Kurses oder bei Zins- und Gewinnanteilscheinen durch Ablaufen der gesetzlichen Vorlegungsfrist zu befürchten steht; und dass zur Verhütung des drohenden Schadens die Ware

1) Vgl. Assmann, S. 149.

2) A. M. Lehmann-R., S. 180, Nr. 24. Vgl. v. Hahn, S. 327, § 10.

sofort weiter verkauft werden muss, ohne dass vorher die Entschliessung des Verkäufers abgewartet wird. Eine vorherige Benachrichtigung von dem drohenden Verderb und eine Anfrage, ob der Verkäufer gegen den Verkauf Einwendungen zu erheben habe, ist nach dem Gesetz nicht nötig,[1] da ja zur Voraussetzung des Notverkaufes die berechtigte Annahme des Käufers gehört, dass etwaige auf eine gemachte Mitteilung von dem Verderb der Ware hin umgehend eintreffende Verfügungen des Verkäufers doch noch zu spät kommen würden, um dem Schaden durch Verkauf vorzubeugen.

Dieser Fall, dass Gefahr im Verzuge ist, dürfte aber heute, wo wir fast überall Telefon und Telegraph haben, nicht mehr übermässig häufig vorkommen, höchstens bei sehr grossen Entfernungen und schlechten Verbindungen. Im Allgemeinen wird der Käufer in der Lage sein, bei bevorstehendem Verderb der von ihm beanstandeten Ware vorher um Anweisung zu ersuchen, was er mit derselben beginnen solle d. h. es wird meistens die Voraussetzung, dass Gefahr im Verzuge ist, fehlen und somit das Notverkaufsrecht zessieren.

In allen Fällen, in denen es aber statt hat, handelt es sich nur um ein Recht des Käufers, niemals um eine Pflicht. Der Verkäufer wird keinerlei Schadensersatzanspruch gegen den Käufer geltend machen können, wenn dieser von seinem Selbsthilfeverkaufsrecht keinen Gebrauch gemacht hat.

Da dieser Verkauf nach dem Sinne des Gesetzes hauptsächlich im Interesse des Verkäufers erfolgen

1) HGB. § 373 II.

soll, so wird der Käufer von seinem Recht auch nur dann Gebrauch machen dürfen, wenn es der Vorteil des Verkäufers erheischt, vor allem niemals gegen den mutmasslichen Willen des Verkäufers.

Handelt es sich um teilbare Gegenstände oder mehrere Sachindividuen, von denen nur ein Teil dem Verderb anheim zu fallen droht, so darf nur dieser Teil verkauft werden.[1]

Der Verkauf hat, wie eben erwähnt, nach Massgabe des § 373 HGB.2 zu erfolgen, d. h. der Verkauf muss im Wege der öffentlichen Versteigerung geschehen. Hat die Ware, was auch häufig vorkommen wird, einen Börsen- oder Marktpreis, dann kann der Verkauf auch freihändig durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preie erfolgen. In anderer Weise und aus anderen als den oben angeführten Gründen darf der Käufer die Ware nicht veräussern, sonst liegt kein Notverkauf aus § 373 HGB.2 vor, sondern eine unberechtigte Disposition über die Ware, durch die dem Käufer seine Gewährschaftsrechte verloren gehen[2] und er unter Umständen auch noch schadensersatzpflichtig würde.[3] So berechtigt § 373 HGB.2 den Käufer nicht zur Versteigerung der Ware, wenn er für seine Aufbewahrungs- und Behandlungskosten nicht mit ihrem Werte gedeckt sein sollte oder wenn er sich dadurch die Rückerstattung des schon gezahlten Kaufpreises

1) ROHG. XIII, 358.
2) ROHG. XII, 180; XVI, 323.
3) RG. XVII, 68.

oder der durch die Annahme und Aufbewahrung gehabten Kosten sichern wollte. Ferner bietet keinen Grund zum Notverkauf der Umstand, dass der Verkäufer trotz mehrfacher Aufforderung keine Bestimmung darüber getroffen hat, was mit der in vorläufige Verwahrung genommenen Ware zu geschehen habe, trotzdem er vielleicht sehr gut dazu im Stande gewesen wäre. Auch wenn der Käufer einen Verkauf der bei ihm lagernden Ware für ausserordentlich günstig für den Verkäufer halten würde, steht ihm kein Notverkaufsrecht zu; es wäre dass eine gewöhnliche negotiorum gestio des bürgerlichen Rechts. Diese und alle andern Fälle eines eigenmächtigen Verkaufs, welche eine solche negotiorum gestio darstellen, sind hier nicht zu behandeln, da sie keine Eigentümlichkeiten des Handelskaufes bilden, sondern dem allgemeinen Gebiet des bürgerlichen Rechts angehören und somit auch beim bürgerlichen Kauf vorkommen.

Nur das Notverkaufsrecht aus § 379 HGB.$_2$ ist eine Besonderheit des Handelskaufes und zwar auch nur des zweiseitigen Handelskaufes bei Übersendung der Ware nach einem andern Ort. Wie die Annahme- und Aufbewahrungspflicht nur bei Distanzkäufen Platz greift, so besteht auch das Notverkaufsrecht nur für diesen. Auf Platzkäufe kann es nicht ausgedehnt werden, da hier immer das eine essentielle Erfordernis, nämlich „Gefahr im Verzuge", fehlen wird.[1]

1) Ein zweites Verkaufsrecht hätte der Käufer noch auf Grund seines kaufmännischen Retentionsrechtes aus §§ 369 und 371 HGB.$_2$ wegen Rückzahlung des Kaufpreises, Erstattung des Lagergeldes und der gemachten Aufwenduugen. Vgl. RG. XXXXIII, 39.

Eine Ausdehnung auf den „einseitigen“ Handelskauf ist gleichfalls nicht statthaft. Der Käufer würde hier, wie der Käufer nach bürgerlichem Recht, als gewöhnlicher negotiorum gestor handeln und ein eigenmächtiger Verkauf der aufbewahrten Kaufsache ihn unter Umständen als genehmigend präjudizieren.

§ 17.

Untersuchungs- und Anzeigepflicht.

HGB_2 § 377 spricht von einer Untersuchungs- und Anzeigepflicht, in der Praxis hat sich dagegen grösstenteils der Ausdruck „Zur Disposition stellen“ eingebürgert, sodass es scheint, als habe der Kaufmann nur die Pflicht, dem Verkäufer mitzuteilen, dass er den „Empfang“ der Ware verweigere und sie ihm daher zur Verfügung stelle, nicht dagegen, wie es das Gesetz verlangt, dass das Kaufobjekt mit Mängeln behaftet sei, er daher die Lieferung nicht als vertragsmässig ansehe.

Auch Gareis bedient sich in seiner Spezialbehandlung dieser Materie: „Das Stellen zur Disposition“ (Würzburg 1870) dieser Bezeichnung; er denkt aber nicht so sehr an das reale zur Verfügungstellen der Ware, sondern definiert es als die „Negation des zum Abschlusse eines Sachlieferungsvertrages wesentlichen Konsenses“, als eine „Ablehnung des Versuches, einen derartigen Vertrag durch eine konkrete Warenübermittelung zu erfüllen.[1] Er legt also den Sinn hinein, den seine Bezeichnungsart erst

1) Gareis, D. St. S. 2.

sekundär als konkludente Handlung bekommt, und gelangt so auf einem kleinen Umwege in der Nomenklatur zu demselben Resultat wie das Gesetz.

Gewiss wird der Käufer seiner Mängelanzeige bisweilen anfügen, dass er die Ware realiter zur Verfügung stelle, aber das auch nur dann, wenn er sein Recht auf Wandelung oder Nachlieferung einer mangelfreien Ware geltend machen will, dagegen nicht, wenn er nur auf Herabsetzung des Kaufpreises oder Schadenersatz besteht. Denn dann hat er garnicht die Absicht, die Ware aufzugeben, ja er braucht bei der Anzeige überhaupt noch nicht anzugeben, „welche" Sache er geltend machen will, sondern nur, dass Mängel vorhanden sind und „dass" er Rechte daraus herleiten will. Kurzum, die Bezeichnung „Zur Disposition stellen" trifft nur etwas Nebensächliches und nach dem Gesetz garnicht Erforderliches. Das Gesetz verlangt nur eine Mängelanzeige.[1]

Neben die Anzeigepflicht stellt § 377 koordiniert eine Untersuchungspflicht; doch ergiebt sich aus der ganzen ratio legis, nach welcher der Verkäufer in möglichst schneller Zeit Gewissheit darüber erlangen soll, ob die übersandte Ware genehmigt und somit seine Vertragspflicht erfüllt sei, dass die Untersuchung nur eine Grundlage bilden soll für die Mängelanzeige, auf die sich der rügende Käufer berufen kann, und die ihn berechtigt, später bemerkte Mängel als heimliche zu rügen d. h. solche, die bei der unverzüglich vorgenommenen ordnungsmässigen Untersuchung nicht erkennbar waren.

1) Gareis, K. Anm. 17, S. 342; RG. I, 246 7; ROHG. XX, 350; V, 252, 398.

Als Voraussetzung für die Erhaltung der Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Ware kann die tatsächlich durchgeführte Untersuchung nicht in Betracht kommen.[1] Woher der Käufer die Kenntnis der Mangelhaftigkeit hat, ist gänzlich unerheblich;[2] es ist nur nötig, dass die Anzeige rechtzeitig erfolgt und die Ware tatsächlich die gerügten Mängel hat.[3] Nur um diese rechtzeitige Anzeige ist es dem Gesetz zu tun. Die Untersuchung der Ware ist nicht zur Belästigung des Empfängers vorgeschrieben, sondern zu seiner Erleichterung erwähnt, indem ihm zur Untersuchung Zeit gelassen und die spätere Geltendmachung von Mängeln, welche bei der ohne Verzug nach der Ablieferung vorgenommenen Untersuchung nach einem ordnungsmässigen Geschäftsgange nicht erkennbar waren, gestattet werden soll.[4] Daher steht nichts im Wege, wenn der Käufer die Mitteilung von der Mangelhaftigkeit der Ware macht, schon ehe er überhaupt die Möglichkeit hatte, eine Untersuchung der Ware vorzunehmen, wird doch hier der Zweck des Gesetzes am schnellsten erreicht.[5] § 377 HGB_2 will nur einen Zeitpunkt bestimmen, bis zu dem eine Mängelanzeige rechtlich erheblich ist, ohne dem Käufer sonst irgend welche Vorschriften machen oder Beschränkungen auferlegen zu wollen. Für den Verkäufer ist nur von Interesse die Tatsache, dass der Käufer eine Vertragswidrigkeit der Ware

1) ROHG. XI, 66, 100; XII, 92; XIV, 67, 157, 265; XV, 270 ff. XVIII, 204; Bolze, XVIII, Nr. 439.

2) ROHG. VIII, 221; XII, 7, 92; XIII, 9; XIV, 265.

3) ROHG XII, 8, 92; XIII, 10; XV, 271.

4) ROHG. XII, 92.

5) ROHG. XI, 62/6, 98, 100; XII, 8, 91/2; XIV, 66/7, 154, 157, 265; XV, 269, 271.

geltend macht; wie dieser zur Entdeckung derselben gekommen ist, d. h. die Tatsache und die Art und Weise der den Käufer zu dieser Anzeige veranlassenden Untersuchung,[1] ist für ihn gänzlich belanglos.

Gareis D. St. S. 44 und in Endemanns Handbuch II S. 683/4 behandelt die Frage, ob in solchen Fällen, wo der Käufer eine Kenntnis von der Mangelhaftigkeit schon vorher ohne eine Untersuchung hatte, nicht unter Umständen für den Käufer schon hier eine direkte Pflicht zur Anzeige der Mängel bestände. Gareis bejaht diese Frage, weil das der Rügepflicht zu Grunde liegende „Prinzip der ungesäumten Anzeige" sofort nach Wahrnehmung der Mangelhaftigkeit auch oben genannten Fall in sich schliesse, jedenfalls aus dem Gesetz nicht das Gegenteil hervorgehe, dass es sein Prinzip auf diese Fälle nicht angewendet wissen wolle.

Eine solche extensive Interpretation ist doch nicht unbedenklich, weil dadurch eine Grenze gewaltsam verschoben würde, auf deren Respektierung der Käufer einen Anspruch hat.

Immerhin wird man dieser Auslegung für bestimmte Fälle eine gewisse Berechtigung nicht versagen dürfen, besonders dann, wenn der Verkäufer durch eine unter den obgenannten Umständen nicht unverzüglich erfolgende Anzeige besonders schwer geschädigt würde und die Mangelhaftigkeit schon vorher, ehe eine Besichtigung und eine Ablieferung erfolgte, deutlich zu ersehen war. Zwar entspräche die Auffassung von Gareis der kaufmännischen Redlichkeit und dem allgemeinen Prinzip einer möglichst schnellen Abwicklung

1) ROHG. XIV, 157.

der kaufmännischen Geschäfte, aber die klar und unzweideutig aufgestellte Schranke des Gesetzes für alle Fälle hinauszurücken, dürfte nicht angängig sein.[1]

Gareis[2] sagt zwar, die Pflicht zur Reklamation beginne, sobald der Kaufmann den Grund geschäftsordnungsmässig in Erfahrung gebracht habe, also auch z. B. durch Fakturen, aber man kann es in solchen Fällen dem Käufer doch nicht verdenken, wenn er noch die Ankunft der Ware abwarten und diese selbst erst besichtigen will, ehe er seine Mängelanzeige abschickt. Wie leicht kann nicht in einer solchen Faktura, einem Frachtbrief, Konnossement und dergl. ein Versehen, ein Schreibfehler vorkommen, der dann eine völlig unbegründete Rüge veranlassen würde! Allerdings wird der Käufer, um sich gegen das Genehmigungspräjudiz auf alle Fälle zu schützen, bei Annahme der Ware, von deren Mangelhaftigkeit er schon vorher auf irgend eine Weise Kenntnis erhalten hat, sich seine Rechte wegen der Fehler vorbehalten müssen.[3]

Eine ordnungsmässige und unverzüglich vorgenommene Untersuchung wird erst dann wichtig, wenn etwa der Käufer einige Zeit nach Empfang der Ware Mängel entdeckt und sich nun dem Lieferanten gegenüber darauf beruft, dass er rechtzeitig seiner Untersuchungspflicht Genüge geleistet, aber die jetzt gerügten Mängel damals nicht entdeckt habe. In diesem Falle bildet die ordnungsmässige und rechtzeitig vorgenommene Untersuchung eine gesetzliche Voraussetzung für die

1) Vgl. v. Hahn, S. 295/6, § 7; Staub, II, S. 1354 5.
2) Endemann, Hdbch. II, 703.
3) BGB. § 464.

rechtsgültige Mängelanzeige. Denn der Käufer kann sich nicht etwa damit rechtfertigen, dass er sagt, er habe zwar nicht rechtzeitig untersucht, aber es sei überhaupt unmöglich gewesen, den betreffenden Mangel vorher zu finden. Hier würde er seine Rechte dem Verkäufer gegenüber verloren haben, wenn er nicht den Nachweis führen könnte, dass die Ware unverzüglich nach der Ablieferung in dem vom Gesetze verlangten Umfange auf ihre vertragsmässige Beschaffenheit hin untersucht sei.[1] Ausserdem würde obiger Beweis, dass ein Mangel erst jetzt, später, entdeckt werden konnte, in den meisten Fällen kaum oder doch nur mit grosser Schwierigkeit zu führen sein, wenn der Käufer nicht als Grundlage dieses Beweises die Ergebnisse seiner unverzüglichen und ordnungsmässigen Untersuchung zur Verfügung hätte.

Das Gesetz hat auch bestimmt, in welchem Rahmen die Untersuchung vor sich zu gehen habe.

Bezüglich der Zeit wird verlangt, dass sie „unverzüglich" zu erfolgen habe. Es ist ein gemischt subjektiv-objektiver Massstab anzulegen für das Verhalten des Empfängers. Der feste Punkt für das zu berechnende „Unverzüglich" ist die oben beschriebene Ablieferung; von dieser ab beginnt für den Käufer eine Frist, innerhalb deren die Untersuchung in Angriff zu nehmen und durchzuführen ist.

Die Länge der Frist bestimmt das Wörtchen „Unverzüglich"; es bedeutet, dass der Käufer auf keinen Fall bis zur Vornahme der Untersuchung Zeit verstreichen lassen darf, die ihm bei ordnungsmässigem

1) ROHG. III, 247.

Geschäftsbetriebe als schuldhaftes Zögern angerechnet werden könnte.[1] Bestimmend wird hier z. B. das räumliche Verhältnis wirken, in dem der Käufer zur Ablieferungsstelle steht, ferner der Umstand, ob er sofort Zugang zu der Ware hat oder nicht, wie der Käufer und sein Personal gerade beschäftigt sind usw. Nicht zu billigen ist es, wenn Hanausek II, S. 54 Anm. 13 und ebenso Lehmann-Ring S. 159 Anm. 1 ganz allgemein sagen, dass, solange die Ware auf der Eisenbahnstation lagere, der Käufer die Ware nicht zu untersuchen brauche, sondern warten könne, bis er sie in sein Geschäftslokal gebracht habe. Diese Aufstellung ist in dieser Allgemeinheit unzulässig. Es würde oft zur Unbilligkeit führen, wollte sich der Käufer auf ein solches Recht berufen. Auf der Bahn stehen z. B. einige Waggons Braunkohlen für ihn, während er Steinkohlen bestellt oder gewöhnliche Futterkartoffeln, wo er Speisekartoffeln bestellt hat und er würde nun die ganze Sendung oder doch einen erheblichen Teil in seine eigenen Räumlichkeiten schaffen lassen und hier erst eine Besichtigung und Untersuchung vornehmen.

Grade bei diesen Massenartikeln ist es kaufmännischer Brauch, und liegt es ja auch im beiderseitigen Interesse, dass sie vor oder spätestens bei dem Ausladen entweder vom Käufer selbst oder einem Vertreter besichtigt werden, sodass derartige offensichtliche Mängel, wie sie eben geschildert sind, sofort entdeckt werden müssen. Praktisch wird sich die Sachlage meistens so gestalten, dass beim Öffnen der Waggons

1) Vgl. v. Hahn, S. 300; ROHG. II, 237; Bolze, XV Nr. 357.

zwecks Ausladung, um die Unversehrtheit der Plomben, des Verschlusses zu prüfen, ein Angestellter des Empfängers zugegen ist, der dabei selbstverständlich auch einen Blick in den Wagen tun und die Ware selbst sehen wird. Ganz offensichtliche Qualitätsmängel und Gattungsabweichungen kann dieser nun garnicht übersehen; er wird sofort seinem Geschäftsherrn über das Geschehene Mitteilung machen und die Abfuhr der Waren vorläufig aussetzen, bis der Empfänger sich geäussert hat. Es liegt auch garnicht im Interesse des Käufers, die vertragswidrige Ware erst in sein Geschäftslokal zu schaffen und dann zu untersuchen. Er würde sich ganz unnötig seine Lagerräume belegen und vielleicht auch durch die Verzögerung der Angelegenheit ideellen Schaden erleiden — Verlieren eines Kunden usw. — der ihm nachher vom Verkäufer nicht ersetzt wird. Ausserdem würden diesem erhebliche Fuhr- und Umladekosten entstehen, die sich durch eine, wenn auch nicht so genaue Untersuchung, schon auf der Bahn leicht vermeiden liessen. Da durch eine zum wenigsten oberflächliche Untersuchung der Ware in dem Eisenbahnwagen der Lieferant vor Unkosten bewahrt bleibt, andererseits aber dem Empfänger mindestens kein Nachteil entsteht, so ist dem Käufer für die Regel eine solche aufzuerlegen.

Diese Ansicht wird auch unterstützt durch zahlreiche bestehende Usanzen, z. B. in Berlin und Breslau für den Handel in Getreide und Mehl, Brennholz, Kartoffeln[1] und bei Fouragesendungen.[2] Auch für den

1) Riesenfeld, S. 147, Nr. 476 u. 504; S. 150, Nr. 481, 485
2) Dove-Apt, S. 156, Nr. 36,7.

Verkehr mit Dünge- und Kraftfuttermitteln finden sich solche Bestimmungen.[1]

Liegt die Ware schon im Geschäftslokal des Käufers, so wird es trotzdem bisweilen vorkommen können, dass eine Untersuchung noch nicht sofort vorgenommen werden kann. Es ist hier an den Fall zu denken, dass es sich um einen „kleinen Kaufmann" handelt, der alle Arbeiten in seinem Geschäft allein verrichtet und nicht sogleich abkommen kann, um die Ware ordentlich zu besichtigen und besonders eine sich benötigende umfangreichere Untersuchung durchzuführen.[2] Dem Inhaber eines grösseren Geschäfts, der einen bedeutenden Umsatz hat und daher wegen des grösseren Umfanges eintreffender Sendungen darauf vorbereitet sein muss, auch unter ungünstigen Verhältnissen eine Untersuchung unverzüglich vornehmen zu können, wird man es dagegen nicht als Entschuldigungsgrund anrechnen können, wenn er sich darauf berufen wollte, dass sein Geschäftspersonal zur fraglichen Zeit durch andere Arbeiten völlig in Anspruch genommen gewesen sei und daher die Untersuchung nicht sobald habe erfolgen können. Bei einem Grosskaufmann gehört es eben zum ordnungsmässigen Geschäftsbetrieb, dass immer Personal vorhanden ist, welches die eintreffenden Waren untersucht. Auch für den Fall eines stärkeren Geschäftsganges hat daher der Geschäftsinhaber die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um seiner rechtzeitigen Untersuchungspflicht nachkommen zu können.[3] Die persönliche Abwesenheit

1) Waage, S. 5, § 9, S. 8,9
2) Vgl. OLG. Kiel in ZHR. XXXVI, 257; ROHG. XI, 307.
3) 2) ROHG. III, 42, 47.

des Käufers von seinem Geschäft überhebt ihn einer solchen nicht, er hat für derartige Fälle, besonders wenn eine längere Abwesenheit in Frage kommt, als ordentlicher Kaufmann einen Vertreter zu bestellen, der für den ordnungsmässigen Fortgang des Geschäftes auch in dieser Beziehung zu sorgen hat.[1] Sonstige rein kasuelle Hinderungsgründe in der Person des Käufers oder dem Geschäftsgange sind natürlich zu berücksichtigen.[2]

Ein weiterer Anhaltspunkt für die Berechnung der Frist, innerhalb deren eine Untersuchung zu erfolgen hat, wird in der Beschaffenheit der Ware selbst gefunden werden. So wird diese besonders schnell vorgenommen werden müssen bei Waren[3] und Wertpapieren, deren Kurse amtlich notiert werden und starken Schwankungen unterliegen, ferner bei leicht verderblichen Waren wie Eiern und Milch.[4]

Andererseits wird sich eine weitere Frist ergeben, wenn infolge der Art oder des Zustandes der Ware zur Untersuchung nicht sogleich geschritten werden kann oder erst Vorbereitungen nötig sind. Handelt es sich z. B. um Maschinen, so müssen diese erst fertig aufgestellt sein, ehe eine ordnungsmässige Prüfung vorgenommen werden kann;[5] Wein und Bier muss sich erst wieder klären.[6]

1) ROHG. III, 42, 47.

2) Vgl. ferner Busch IX, 210, 478; XII, 393 f.; Bolze, XVI, Nr. 477; Bolze, XVI, Nr. 418.

3) ROHG. II, 237; XII, 8; Waage, S. 10[1], 23, § 5[1], S. 32, § 9, S. 44 § 12, S. 48 § 38, S. 54 § 6, 8.

4) Riesenfeld, S. 144, Nr. 465; S. 156, Nr. 506/7.

5) ROHG. XI, 66, 99.

6) ROHG. XV, 213.

Die Untersuchung hat einem ordnungsmässigen Geschäftsgange entsprechend zu geschehen. Was ein solcher ist, bestimmt sich je nach Art und Umfang des Geschäfts verschieden, aber nach allgemeinen objektiven Gesichtspunkten. Jedenfalls darf, wie schon erwähnt, durch die Untersuchung der ordnungsmässige Fortgang des Geschäfts nicht gestört werden, es darf aber auch „keine Zeit für die Untersuchung verstreichen, die bei ordnungsmässigem Geschäftsgange als unmotivierter Verzug erscheinen könnte".[1]

Im Allgemeinen darf der Käufer die Ware nicht liegen lassen und mit der Besichtigung warten, bis er sie weiter verkauft oder selbst verwendet,[2] doch finden sich auch hier Ausnahmen.[3]

Was den Umfang der Untersuchung anbetrifft, so ist sie so weit auszudehnen, dass der Käufer ein sicheres Urteil über die Beschaffenheit der Ware gewinnt, andererseits darf der ornungsmässige Fortgang des Geschäfts des Käufers nicht gestört werden. Nach diesen beiden Gesichtspunkten bestimmt sich für den konkreten Fall die Ausdehnung der Untersuchung.

Zur Gewinnung eines sicheren Urteils ist nicht nötig eine kleinliche, skrupulöse bis in das Einzelnste gehende Untersuchung,[4] die sich womöglich bei mehreren gleichen Stücken auf jedes einzelne erstreckte. Durch ein solches Verfahren müsste einmal der Geschäftsgang leiden, sodann entständen übermässige

1) ROHG. II, 237; Bolze, XV, Nr. 357, XVI, Nr. 432; Staub, II, S. 1351, Anm. 19.
2) Riesenfeld, Nr. 433/4.
3) eod. Nr. 469, 470, 497.
4) ROHG. V, 262.

Kosten, da z. B. bei Prüfung der Ware durch Verbrauch eines Teiles infolge der Substanzminderung der Wert derselben herabgesetzt würde. Ausserdem würde durch zu langwierige eingehende Untersuchungen eine unnötige und für den Verkäufer nachteilige Verzögerung der Reklamation verursacht. Es genügt daher, wenn bei Massenartikeln und bei einer grösseren Zahl von Stücken Stichproben genommen und geprüft werden, allerdings wird das als ordnungsmässig gelten nur bei solchen Waren, „bei welchen aus der Art ihrer Verfertigung oder Gewinnung oder aus sonstigen Umständen zu entnehmen ist, dass alle einzelnen Teile derselben von gleicher Beschaffenheit sind, bezw. bei welchen die Verschiedenheit sich nur auf ein Verschulden des Verkäufers zurückführen lassen würde".[1] Der Käufer erfüllt daher völlig seine Pflicht, wenn er sich in solchen Fällen beschränkt auf ein Öffnen und Untersuchen einzelner Kisten, Ballen oder dgl.[2]

Bei solchen Untersuchungen einzelner Stichproben kann es natürlich vorkommen, dass die entnommenen Proben für vertragsmässig befunden werden und sich später bei dem Ganzen doch noch Mängel zeigen. Entsprach hier die Untersuchung durch Entnehmen von Stichproben den gesetzlichen Anforderungen, so gelten alle später entdeckten Fehler als heimliche, wegen deren eine Beanstandung der Ware noch nicht rechtsunwirksam geworden ist, selbst wenn diese Mängel, wäre das betreffende Stück, bei dem sie sich gezeigt haben, nicht nur in Stichproben, sondern im

1) ROHG VII, 428; XII, 92/3.
2) ROHG. VII, 428; XII, 93, Bolze, XIII, Nr. 429.

Ganzen untersucht worden, sofort hätten gefunden werden können. Der Käufer hat in solchen Fällen seiner Pflicht genüge getan, wenn er Stichproben entnahm und diese unverzüglich ordnungsmässig untersuchte. Alle andern Mängel, die bei einer solchen unverzüglich nach der Ablieferung vorgenommenen nach ordnungsmässigem Geschäftsgange tunlichen Untersuchung nicht entdeckt worden sind, gelten als heimliche.[1]

Bei Lieferung von Waren in Originalverpackung wird sich der Käufer, wenn durch die Beschädigung der Verpackung die Veräusserung der Ware erschwert oder unmöglich würde, darauf beschränken können, die Unversehrtheit der Verpackung festzustellen, oder doch nur, wenn es sich um eine grössere Zahl von Stücken handelt, verpflichtet sein, in beschränktem Umfange dieses oder jenes Kollo zu öffnen, im übrigen aber abwarten können, bis die Ware später von Konsumenten beanstandet wird, und eine solche Reklamation sofort dem Lieferanten mitteilen müssen.[2]

Über die Methode der Untersuchung kann sich der Käufer, wenn diese auf verschiedene Art und Weise möglich ist, und gleiche Zeit beansprucht, frei entscheiden,[3] es sei denn, dass durch Usanze ein bestimmter Weg vorgeschrieben ist.[4]

Auf ein äusserliches Besichtigen oder ganz ober-

1) ROHG. XII, 93; Staub, II, S. 1359.
2) ROHG. XV, 127.
3) RG. XXXVIII, 11.
4) Dove-Apt., S. 134, Nr. 16. (Käse darf nicht angeschnitten, sondern muss angebohrt werden); Waage, S. 3, § 4; S. 12^{12}; S. 23^{7}; 51/2; 60, § 4.

flächliches Untersuchen braucht und darf der Käufer sich nicht beschränken, sondern er kann die zu einem sicheren Urteile über die Beschaffenheit der Ware führenden Manipulationen vornehmen und muss es sogar, wenn seine Untersuchung als eine ordnungsmässige im Sinne des Gesetzes gelten soll. So darf er Maschinen in Betrieb setzen,[1] von Mehl Backproben machen.[2] Bei Seide genügt nicht schon das Färben einer Probe, sondern die Prüfung hat sich auf ein Verarbeiten auf einem Webstuhl auszudehnen.[3] Kleiderstoffe müssen eventuell erst getragen werden,[4] Käse darf angebohrt werden.[5] Auch Sachverständige dürfen zugezogen werden, wenn sonst eine eingehende Prüfung nicht möglich oder die Zuziehung solcher Personen in der betreffenden Branche üblich ist.[7] Dieser Geschäftsgebrauch gewisser Handelszweige, die Untersuchung technisch vorgebildeten Personen zu überweisen, der im Grosshandel schon seit langer Zeit besteht, bürgert sich auch im Verkehr mit Privaten mehr und mehr ein, besonders im Handel mit Saaten und Düngemitteln, weil hier speziell nur eine Untersuchung durch Sachkundige schnellen Aufschluss über die Beschaffenheit der Ware und die ihr anhaftenden Mängel zu geben vermag. Meistens sind es die Landwirtschaftskammern oder besondere landwirtschaftliche Versuchsstationen,

1) ROHG. XI, 64, 99; Bolze, VI, 561.
2) Bolze, IV, Nr. 711; ROHG. VIII, 174; XIV, 265.
3) ROHG. IX, 405.
4) Riesenfeld, Nr. 497
5) Dove-Apt, S. 134, Nr. 16.
6) Bolzn, VII, Nr. 585: XIII, 428; XIX, 544, 576.
7) Riesenfeld, Nr. 494—7; Magd. Us., S. 39, § 14; Danz. Us., S. 112.

bei denen solche Untersuchungen durchgeführt werden und die auch teilweise besondere Beamte für diese Zwecke angestellt haben. Auch kommt es vor, dass sich gewisse Handelskreise zusammenschliessen und einen eigenen Chemiker anstellen.[1]

Ganz genaue, spezialisierte Angaben über die Art und Weise der technischen Durchführung der Untersuchungen von Sämereien finden wir in den technischen Vorschriften des Verbandes landwirtschaftlicher Versuchsstationen im Deutschen Reiche. Die Bestimmungen beruhen auf Beschlüssen dieses Verbandes vom 17. Januar 1898 und 16. September 1899 und sind, da sie für alle diesem Verbande angehörende Versuchsstationen Verbindlichkeit haben, also in einem sehr grossen Geltungskreis wirken, von besonderer Wichtigkeit.[2] Ein näheres Eingehen auf dieselben ist aber wegen ihrer grossen Ausführlichkeit im Rahmen dieser Arbeit nicht angängig, doch mag eine Probe aus dem Saatenhandel angeführt sein:

> „Zur Ermittelung der Keimkraft sind anzusetzen: im allgemeinen 4 × 100 Körner; von Bucheln, Eicheln und anderen grossen Samen 4 × 50 Körner.
>
> Die Abzählung der für den Keimversuch bestimmten Samen soll aus einer gereinigten Mittelprobe mit grösster Sorgfalt in der Weise geschehen, dass unter den je 100 bzw. 50 Körnern die Zahl der grossen, mittleren und kleinen, der hellen und

1) Waage, S. 1, § 4a.

2) Abgedruckt bei Waage, S. 144 ff. Vgl. ferner die im Rheinland üblichen Probenahmevorschriften eod. S. 97/100.

dunklen Körner (bei Nadelhölzern u. s. w.) sowie solcher verschiedenen Reifegrades in annähernd demselben Verhältnis in der Keimprobe vertreten sind, wie in der eingegangenen Gesamtprobe.

Die Keimkraftproben werden unter Ausschluss künstlicher Belichtung ausgeführt.

Die Keimkraftprüfungen sollen (womöglich in Thermostaten) bei konstant 20° C. ausgeführt werden. Bei Agrostis, Airer, Almus . . . . ist dagegen eine täglich sechsstündige Erhöhung der Keimbettwärme auf 30° C. erforderlich."

Bezüglich der Untersuchung auf Mehlgehalt ist folgende Bestimmung getroffen:

„Die Prüfung von Weizen und Gerste auf Mehligkeit bezw. Hernigkeit (Glasigkeit) geschieht mittels Farinometers von Printz in Karlsruhe. 2×100 Körner sind zu durchschneiden und in 5 Mehligkeitsstufen zu sortieren, woraus der prozentische Mehligkeitsgehalt der Probe berechnet wird."

Wo die Untersuchung vorgenommen wird, ist gleichgültig, wenn sie nur unverzüglich und einem ordnungsmässigen Geschäftsgange entsprechend geschieht. Gewöhnlich wird es am Ablieferungsorte sein, an dem der Käufer sein Geschäft oder einen zur Prüfung und Billigung Bevollmächtigten hat. Doch es kann vorkommen, dass die Ware oder ein Teil weiter versandt und am nächsten Ablieferungsorte erst untersucht wird, wie in den oben S. 90—92 behandelten Fällen, wenn die Untersuchung durch Sachverständige oder Versuchsstationen, die sich nicht am Orte befinden, vorzunehmen

ist oder die Ware sich in Originalverpackung befindet und man, um diese nicht zu verletzen, durch Veräusserung an die Konsumenten erfahren will, ob die Ware fehlerfrei ist oder nicht; ferner auch dann, wenn die Ware vom Verkäufer direkt an einen Dritt-Käufer geschickt wird,[1] sodass sie garnicht in die Hände des Käufers gelangt, und auch ein erkennbarer Wille der Parteien vorliegt, dass die Untersuchung an dem anderen Orte durch den Dritt-Käufer als rechtzeitig gelten soll.[2]

In diesem Falle haben wir gleichzeitig eine Verlängerung der Untersuchungsfrist, die von den Parteien nach Belieben vereinbart werden kann und in der Praxis auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Abmachung oft vorkommt[3] z. B. durch Verlängerung der Probezeit,[4] oder wenn der Verkäufer an jemand liefert, von dem er weiss, dass dieser zu einer sofortigen Untersuchung nicht im stande ist.[5] Was die Verlängerung der Frist betrifft bei Weiterversendung der Ware, so ist eine solche noch nicht allgemein anzunehmen in dem Falle, dass der Verkäufer um diese Weiterversendung weiss. Das ist quaestio facti. Die näheren Umstände werden ergeben müssen, ob der Verkäufer nicht bloss um die Weiterversendung wusste, sondern auch vor allem damit einverstanden war, dass nicht der Käufer, sondern erst ein Dritt-Empfänger die

---

1) ROHG. V, 250/1.

2) ROHG. II, 234; VIII, 225. Über die Pflicht eine noch auf der Bahnstation lagernde Ware zu untersuchen vgl. S. 83 f.

3) ROHG. XXIV, 291.

4) Bolze, XXII, Nr. 457.

5) Hanausek II, S. 63, Anm. 29.

ordnungsmässige Prüfung der Ware vornehmen sollte.[1] So wird ferner nicht schon dann allgemein eine stillschweigende Vereinbarung angenommen werden können, wenn der Verkäufer bei Lieferung von Waren in Originalverpackung wusste, dass diese Ware allgemein weiter verkauft wird oder im vorliegenden Falle weiter veräussert werden sollte, ohne untersucht zu sein.[2] Erst die näheren Umstände können zu einer solchen Annahme führen. Ein Kaufmann bestellt z. B. bei einer Farbenfabrik Farben mit der Bestimmung, dass sie in guten Blechbüchsen sorgfältig verlötet werden sollten, da sie bestimmt seien nach Japan weiter zu gehen. In einem solchen Falle muss sich der Lieferant sagen, dass ein Öffnen einzelner Büchsen zur Prüfung der Ware auf ihre vertragsmässige Beschaffenheit hin vor der Versendung ausgeschlossen sei und daher abgewartet werden müsse, bis die Waren in Japan angekommen und dort untersucht worden seien; eine Prüfungspflicht entsteht hier nicht schon mit der Ablieferung an den Käufer, sondern erst mit der Ankunft und Ablieferung am Bestimmungsort, Japan; und selbst wenn der Käufer noch später als 6 Monate nach der in Deutschland erfolgten Ablieferung rügen würde, so wäre die Beanstandung immer noch als rechtzeitig anzusehen, wenn die Farben unverzüglich nach ihrer Ablieferung in Japan untersucht und innerhalb einer 6monatigen Frist beanstandet worden wären.[3]

1) ROHG. II, 235; Bolze, XIX, Nr. 547; XVIII, 451; XIV, 436; Seufferts A., L, 131; LI, 200.
2) ROHG. XV, 127; XVII, 217.
3) ROHG. XV, 127.

Feste Normierungen besonders über verkürzte Untersuchungsfristen finden wir vielfach in den Usanzen. So muss nach Breslauer Usanze im Getreidehandel der Käufer, wenn ihm das Getreide innerhalb der Marktzeit in der Getreide-Markthalle überwiesen ist, den Posten „sofort" untersuchen. Wie dieses „sofort" zu verstehen ist, geht aus der weiteren Bestimmung hervor, dass der Verkäufer von einer Vertragswidrigkeit spätestens bis 4 Uhr nachmittags verständigt sein muss resp. bis 9 Uhr morgens des nächsten Tages, wenn die Überweisung erst nach der Marktzeit erfolgt ist.[1]

Dem Käufer kann seine Untersuchungspflicht schliesslich ganz erlassen werden.[2] Ein solcher Fall liegt unter Umständen in der Garantieleistung gewisser Eigenschaften oder gänzlicher Fehlerfreiheit. Staub II S. 1356 verneint zwar schlechthin die Möglichkeit, dass in einer Garantieübernahme ein Erlass der Prüfungspflicht liege, doch kann ich dem nicht beistimmen, vielmehr nehme ich die Möglichkeit, die sich aus den näheren Umständen ergeben muss, sehr wohl an, dass der Verkäufer durch eine generelle oder spezielle Garantieleistung auf eine unverzügliche Untersuchung der gelieferten Ware verzichten, vielmehr für alle innerhalb der Garantiefrist zu Tage tretenden Mängel haftbar sein will.[3] Der unverzüglichen Anzeigepflicht bei Entdeckung von Fehlern ist der Käufer aber auch bei Garantieleistung seitens des Verkäufers nicht enthoben.

1) Handelsgebräuche im Breslauer Getreide- und Saatmarkte. Abgedr. bei Riesenfeld a a. O. als Anhang I. Vgl. ferner Riesenfeld, Nr. 469, 470, 473, 477 u. S. 85 unten.

2) Bolze XVI, 420; ROHG. VIII, 250.

3) Ders. M. Lehmann-R., S. 162; ROHG. VIII, 256.

Beim Übersenden von Ausfallsproben, die häufig beim Lieferungskauf und im Falle des § 381 II HGB.[2] und § 651 I BGB. (Werklieferungsvertrag) vorkommen, betrifft die Untersuchungspflicht schon diese. Ausfallsproben sind solche Proben, die dem Käufer Kenntnis von der Beschaffenheit, von dem Ausfall der abgesandten, abzusendenden oder in Arbeit genommenen Waren geben und nach der Absicht des Verkäufers als Grundlage für eine Untersuchung dienen sollen. Sie sind Repräsentanten der Ware, und die Prüfung ist hier ebenso unverzüglich und ordnungsmässig vorzunehmen, als wenn die Ware selbst vorläge.[1] Ob man es mit einer solchen zu tun hat, ist besonders nachzuweisen.[2] Selbstverständlich hat der Empfänger ausser der Ausfallsprobe auch die Ware selbst nach ihrer Ablieferung zu untersuchen,[2] aber man wird die Untersuchungsfrist nicht so eng begrenzen, da der Empfänger ja annehmen muss, dass die gelieferte Ware der Ausfallsprobe entspreche, und nicht damit zu rechnen braucht, dass sich noch Mängel finden werden, die an der Probe nicht wahrgenommen worden sind. Ebenso wird man vom Käufer nicht verlangen können, dass er die Ware so gründlich untersuche, als wenn er noch gar keinen Anhaltspunkt für die Beschaffenheit derselben an einer schon geprüften Ausfallsprobe hätte. Es scheint mir aber nicht angängig, soweit zu gehen wie das OLG. zu Dresden und mit Berufung auf das-

1) ROHG, VII, 259; Busch V, 469.

2) Vgl. Abraham: Die hanseatische Rechtsprechung auf dem Gebiete des Handels-, Versicherungs-, Wechsels- und Seerechts I, S. 185. 1900.

selbe Staub, die annehmen, dass der Empfänger noch rechtzeitig rüge, wenn er ohne Untersuchung die Ware weiter versendet und erst auf Grund einer Beanstandung seitens des Drittkäufers beim Verkäufer reklamiert. Auch wenn die Ausfallsprobe in einem solchen Falle für vertragsmässig befunden worden ist, kann keine Ausnahme in der rechtlichen Behandlung gemacht werden, sondern es ist nach den allgemeinen, S. 89—91 ausgeführten, Grundsätzen unter der eben geschilderten Milderung bezüglich des Umfanges und der Gründlichkeit der Untersuchung zu verfahren.

Beim Kauf nach Probe betrifft die Prüfungspflicht nicht schon die Proben; denn hier bestimmt ja die Probe erst die Qualität, welche die später zu liefernde Ware haben soll. Zu untersuchen ist also erst die Ware selbst.

b) Anzeigepflicht.

Nach einer ordnungsgemäss durchgeführten Untersuchung hat der Käufer die Pflicht unverzüglich Mitteilung von etwa entdeckten Mängeln zu machen. Bei der Berechnung der Frist, innerhalb deren ohne Genehmigungspräjudiz der Käufer diese Mängelanzeige absenden muss, erhält die durchgeführte Untersuchung eine zweite Funktion dadurch, dass sich nach ihr wieder der Zeitpunkt berechnet, bis zu dem die Anzeige rechtswirksam abgeschickt werden kann. Das Wörtchen „Unverzüglich“ bestimmt auch hier die Länge der Frist für den einzelnen Fall, genau wie bei Berechnung der Untersuchungsfrist von der Ablieferung an; es wird

auch ebenso auszulegen und daher vom Empfänger zu verlangen sein, dass er mit der Absendung der Anzeige nicht eine Zeit hingehen lassen dürfe, die bei geordnetem Geschäftsgange als schuldhafter Verzug von seiner Seite erscheinen würde.

Durch Vertrag und Usanze kann auch hier eine feste Normierung eintreten für die einzuhaltende Frist, sei es durch Verkürzung oder Verlängerung derselben. So ist z. B. nach der Geschäftsordnung für die Berliner Fondsbörse § 11 für die Rüge von Qualitätsmängeln bei Wertpapieren bestimmt, dass eine Bemängelung der Lieferbarkeit derselben innerhalb der nächsten 2 resp. bei Ultimolieferung 3 Börsentage, an welchen die Lieferung erfolgt ist, beim Börsenvorstande anzubringen ist, widrigenfalls die Papiere als genehmigt gelten.[1] Ferner bestehen nach Berliner Usanze folgende Rügefristen, innerhalb deren die Anzeige abgesandt sein muss: bei Mehl 3 Tage, bei bestellter und vorher nicht besichtigter Butter 1 Werktag, längstens 3 Werktage, bei Käse 3 Geschäftstage (bei Platzkauf nur 24 Stunden), im Heringshandel ist sofort nach Empfang der Ware zu rügen.[2] Besonders kurz[3] sind, wie sich aus den angegebenen Beispielen ergiebt, die Reklamationspflichten bei leicht verderblichen oder (erheblichen) Preisschwankungen unterliegenden Waren (Wertpapieren). Das entspricht ja nur der Natur der Sache; denn durch

1) Vgl. ferner Sal. I, 243.

2) Dove-Apt, S. 130—135. Weitere Beispiele bei Riesenfeld Nr. 465, 473, 477, 479, 480, 498, 505, 507, 508, 509, 511, u. Waage, S S. 9, 10[1], 23 § 5[1,2], 32 § 9[1,2], 44 § 12, 48 § 38, 54 § 5, 61/2 75, 78, 100.

3) Vgl. v. Hahn, S. 301, Anm. 30; ROHG. XII, 8.

Setzung dieser kurzen Fristen soll die Reellität im Handelsverkehre gewahrt und ein Spekulieren auf Kosten des Verkäufers verhindert werden.

Rein einseitige Bemerkungen des Verkäufers auf der Faktura über die einzuhaltende Frist sind nicht schlechthin für den Empfänger verbindlich,[1] sondern nur dann wirksam, wenn sie diesem nicht ungünstig sind.[2] Verschlechtern sie die Lage des Käufers, so muss er sich erst ausdrücklich oder stillschweigend mit der Änderung einverstanden erklärt haben.

Die Absendung der Mängelanzeige braucht erst zu erfolgen, wenn der Käufer wirklich eine sichere Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware erlangt hat; auf Grund reiner Vermutungen schon eine Anzeige abzusenden, ist er nicht verpflichtet.[3] Entdeckt er gleich bei der Ablieferung durch nur oberflächliches Besehen Vertragswidrigkeiten an der Ware, so ist er nicht verpflichtet, dem Verkäufer von diesen vorläufige Nachricht zu geben, — es sei denn, dass er schon wegen dieser Wandelung oder Nachlieferung einer mangelfreien Ware verlangen wollte — sondern er kann sich an eine nähere Untersuchung der Ware machen und braucht erst auf Grund einer solchen, wenn er sich von dem Zustand der Ware ordnungsmässig überzeugt hat, zu reklamieren.[4] Hinsichtlich der schon bei der Ablieferung bemerkten Mängel ist er nicht präjudiziert; es bringt ihm keine rechtlichen Nachteile, wenn er eine weitere Untersuchung vornimmt und sich hiermit eine Zeit

1) ROHG. I, 88; Hanausek, S. 69.
2) Staub II, S. 1355[30].
3) ROHG. XI, 99; Bolze IV, Nr. 711.
4) ROHG. XV, 215; VII, 318; XIII, 9.

gönnt, die für den konkreten Fall als zulässig zu erachten ist. Ist diese als zulässig geltende Frist eingehalten, so ist es für den Verkäufer unerheblich, ob die gerügten Mängel schon früher entdeckt, ob der Empfänger den Entschluss, diese Mängel zu rügen, schon vorher gefasst hatte.[1]

Ebenso wie die Untersuchungspflicht vertragsmässig erlassen werden kann, so kann es auch die Anzeigepflicht. Besonders zu erwähnen ist hier, dass, wie schon angeführt, eine Garantieleistung seitens des Verkäufers den Empfänger nicht seiner Pflicht enthebt, entdeckte und unter die Garantie fallende Mängel unverzüglich anzuzeigen.[2] Vermerke in der Faktura oder ausdrückliche Erklärungen des Verkäufers, dass mangelhafte Ware zurückgenommen werde, enthalten ebenfalls noch keine Aufhebung der Moniturpflicht.[3] Ist durch Handelsgebrauch oder besondere Vertragsabmachung bestimmt, dass bei Vertragswidrigkeit, Schadhaftigkeit der Ware Refaktie gewährt werden, d. h. Preisminderung eintreten solle, — unter Ausschluss des Rechts auf Wandelung und Nachlieferung einer mangelfreien Ware — so braucht der Empfänger gleichfalls nicht unverzüglich Anzeige zu erstatten; wir haben hier einen Erlass der unverzüglichen Rügepflicht, die ihren Grund darin hat, dass in solchem Falle eine Unsicherheit der Rechts- und Geschäftslage nicht entsteht, da der Empfänger ja die Ware behält und nur eine entsprechende Preisminderung in Frage kommt. Die Gründe, welche zur

1) Fuchsberger Entsch., S. 990; ROHG. XIII, 9—11; XII, 91.

2) Bolze XVI, Nr. 421.

3) Staub II, S. 1356; ZHR. Bd. 43, S. 368; Wolff in Busch's Archiv, XV, 307.

Auferlegung einer unverzüglichen Reklamationspflicht geführt haben, kommen hier nicht in Frage.[1]

Die Mängelanzeige ist eine Rechtshandlung, die zu den kaufmännischen Obliegenheiten eines Geschäftsinhabers gehört; deshalb braucht sie nicht von dem resp. an den Kaufmann selbst zu ergehen, sondern sie kann auch erstattet werden von einem dazu Bevollmächtigten des Käufers resp. an einen Bevollmächtigten des Verkäufers. Für beide Fälle sind jedenfalls legitimiert der Prokurist und der Generalbevollmächtigte; ferner können solche Anzeigen entgegennehmen Agenten und Handlungsreisende[2] des Verkäufers für auswärtige Plätze, die ausserdem meistens noch besonders hierzu bevollmächtigt sein werden. Auch an die in einem offenen Laden zum Verkaufen Angestellten können Mängelanzeigen rechtswirksam erstattet werden.[3] Das übrige Arbeitspersonal kommt nicht in Betracht, vor allem nicht ein Frachtführer, der nur auf Grund besonderer Vollmacht reklamieren oder Reklamationen entgegen nehmen kann.[4]

Die Anzeige der Mängel dient zur Sicherung der Rechte, welche dem Käufer aus vertragswidriger Beschaffenheit der Ware entstehen; sie ist eine Willenserklärung des Käufers, durch die er seinen Dissens bezüglich der Anerkennung der gelieferten Ware als vertragsmässige Erfüllung und gleichzeitig seinen Willen zu erkennen gibt, sich die Rechte wegen mangelhafter Lieferung zu wahren.[5] Dieser Akt kann daher, weil

1) Staub II, S. 1390.
2) HGB.2 §§ 86. 55.
3) HGB.2 § 56
4) Vgl. Gareis D. St. S. 87/8.
5) Lehmann-R., S. 163.

durch ihn nur ein rechtlicher Vorteil erlangt wird, auch von einem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden.[1]

Als rein einseitige Willenserklärung bedarf sie keiner Annahme durch den Verkäufer, ebensowenig wie eine Verweigerung derselben die volle Gültigkeit der Anzeige aufhebt.[2] Eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des BGB. und somit vom bürgerlichen Kaufe hinsichtlich der Erstattung der Anzeige liegt darin, dass die Anzeige als wirksam gilt, sobald sie vom Käufer abgesandt ist d. h. sobald der Brief in den Postkasten geworfen, die Depesche aufgegeben, der Bote (bei dessen Auswahl omnis diligentia beoachtet sein muss) abgesandt ist usw. Das Risiko des Ankommens, die Gefahr des Transports trägt der Verkäufer,[3] während sonst für Willenserklärungen, die einem andern gegenüber abzugeben sind, die Empfangstheorie gilt, nach der eine Willenserklärung erst wirksam wird in dem Zeitpunkte, in welchem sie dem Adressaten zugeht.[4] Gelangt demgemäss beim Kauf nach bürgerlichem Recht die Mängelanzeige nicht in die Hände des Verkäufers, so ist eine rechtswirksame Beanstandung nicht erfolgt, der Käufer kann nicht auf Wandelung, Preisminderung oder Nachlieferung einer mangelfreien Sache klagen. Eine Ausnahme ist allerdings insofern zugelassen, als der Käufer, wenn er innerhalb der 6monatlichen Frist seine Anzeige ab-

1) BGB. § 107.
2) Hanaus. II, 5.
3) HGB$_2$ § 377^{IV}
4) BGB. § 130.

gesandt hat, diese aber beim Verkäufers nicht angekommen ist, er seine Rechte doch noch einredeweise dadurch geltend machen kann, dass er Zahlung des Kaufpreises verweigert. Diese Weigeruug gestattet ihm BGB. § 478 in so weit, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Die Möglichkeit aggressiv durch Klageerhebung seinerseits gegen den Lieferanten vorzugehen, hat er freilich verloren, und hierin besteht der Unterschied zwischen dem bürgerlichen Kauf und einem Handelskauf; der kaufmännische Empfänger kann, auch wenn seine Mängelanzeige nicht eingetroffen ist, doch im Klagewege die ihm zustehenden Gewährschaftsrechte geltend machen, er braucht nicht zu warten, bis er vom Verkäufer verklagt worden ist, um dann im Wege der Einrede seine Rechte wahrzunehmen,

An eine bestimmte Form ist die Anzeige nicht gebunden,[1] sie kann daher schriftlich, mündlich auf drahtlichem Wege und durch Boten angegeben werden. Bei den Beratungen zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche hatte sich zwar eine Strömung geltend gemacht, die Schriftlichkeit der Anzeige zum mindesten für den Grossverkehr erforderte, und die 1. Lesung endete auch damit, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit mit 9 gegen 7 Stimmen angenommen wurde, aber in der 2. Lesung verzichtete man wieder auf Aufstellung von irgend welchen Formvorschriften für die Erstattung der Mängelanzeige, nur die ratio juris sollte normierender Massstab sein.[2] Bei der Aus-

1) ROHG. IX, 222.
2) Vgl. Prot. ADHG. S. 1383.

wahl des Beförderungsmittels wird natürlich eine etwaige culpa in eligendo immer auf das Konto des Käufers beschrieben werden; denn für Auswahl einer Person oder Anstalt zur Beförderung der Anzeige, welche nach gemeiner Vermutung die Nachricht richtig auf- und annimmt und regelmässig auch richtig befördert,[1] hat der Käufer einzustehen. Besondere Sicherheitsmassregeln bei Versendung durch die Post, wie Einschreiben sind in der Regel nicht erforderlich,[2] doch können in besonderen Fällen Ausnahme geboten sein. Es kann ja leicht vorkommen, dass infolge von Naturereignissen oder irgend welchen anderen Umständen die Postverbindung unterbrochen, eine Telegraphenverbindung zerstört ist, so dass die Anzeige nicht ankommen kann. Erfährt nun der Käufer von der Verkehrsstörung, so erfordert es von ihm natürlich die bona fides, die unter Kaufleuten in besonders hohem Masse vorhanden sein soll, dass die Anzeige wiederholt wird.[3] Oder der Käufer weiss z. B., dass seine Aufgabepostanstalt nicht sonderlich zuverlässig ist, und dass er damit rechnen muss, dass womöglich sein Brief nicht in die Hände des Lieferanten gelangt; in solchem Falle wird von dem Käufer verlangt werden können, dass eine solche wichtige Mitteilung, wie sie in einem Reklamationsschreiben zu sehen ist, in einem „eingeschriebenen" und nicht in einem gewöhnlichen Briefe gemacht wird.

HGB. § 377 sagt nur, dass der Käufer Anzeige

1) Gareis, D. St S. 120.
2) ROHG. XIX, 154; Hanaus, II, § 7, Anm. 35.
3) ROHG. XIX, 156.

zu machen habe, wenn sich ein Mangel zeigt. Das soll nun nicht heissen, der Käufer habe nur mitzuteilen, dass, sondern auch welche Mängel vorhanden sind. Dieses Erfordernis ergiebt sich aus der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und aus dem Grundzuge, der durch das ganze Handelsrecht geht: möglichste Beschleunigung, die durchgreifendste Beseitigung aller unnötigen Weiterungen und aller die rasche Abwickelung der Geschäfte, die Beweglichkeit der Beziehungen nach allen Seiten hin hemmenden Umständlichkeiten".[1] Der Lieferant muss wissen, inwiefern eine Mangelhaftigkeit vorliegt, damit er sein Verhalten gegenüber dem Käufer, seine Verfügungen bezüglich der Ware danach einrichten und sich den Beweis über die Beschaffenheit der Ware sichern kann.[2] Das ist der Zweck, der mit einer genauen Substanziierung der Mängelanzeige erstrebt wird. Würde der Verkäufer den betreffenden Mangel nicht gleichzeitig erfahren, so könnte ja der Käufer, der die Ware vielleicht nur ganz oberflächlich untersucht und dabei einen Mangel entdekt, später bei der endgültigen Angabe der Fehler noch andere mitangeben, die er erst später bemerkt hat und die bei einer ordnungmässig vorgenommenen Untersuchung sehr wohl schon hätten gefunden werden können, bezüglich deren er sich also bei ordnungsmässiger Anzeige schon verschwiegen hätte. Das Erfordernis der gleichzeitigen Mängelangabe dient daher als Kontrollmassregel. Ohne diese könnte der

1) Gareis D. St. S. 124.

2) ROHG. V, 263; VI, 165; X, 269; XI, 66, 100; XII, 92; XIV, 66—69, 154—157.

Käufer ferner einen Fehler an der Ware als vertragsmässig rügen, der es garnicht wäre, weil er vielleicht schon beim Vertragsabschlusse dem Käufer bekannt war und somit als genehmigt galt, oder weil er erst auf dem Transporte entstanden war, dessen Gefahr in dem vorliegenden Falle schon der Käufer zu tragen hatte. In allen solchen Fällen würden unnötige und zeitraubende Weiterungen in der Aufklärung der Angelegenheit entstehen. Oder man denke daran, dass der Fehler offenbar auf ein Verschulden des Frachtführers zurückzuführen ist, aus dem der Verkäufer bei rechtzeitiger Kenntnis von der Art des Fehlers ein Regressrecht gegen diesen hätte herleiten können, das ihm aber bei einfacher Mitteilung, die übersandte Ware sei mangelhaft, und der infolgedessen notwendigen weiteren Korrespondenz verloren geht.[1] Andererseits ist der Käufer auch nicht verpflichtet, eine eingehende, genaue Beschreibung der Mängel zu geben.[2]

Aus dem Erörterten ergiebt sich, dass allgemeine Angaben,[3] wie die Ware sei vertragswidrig, unprobemässig, unter aller Kritik, der reine Schund, sie entspreche nicht den Erwartungen und ähnliche allgemeine Erklärungen der Unzufriedenheit mit der Ware gewöhnlich[4] nicht ausreichend sind. Die Anzeige ist auf alle Fälle so zu gestalten, dass der Verkäufer ersieht, um welche Fehler es sich handelt, auf welche Mängel die Vertrags- oder Gesetzwidrigkeit der Ware be-

1) ROHG. XIV, 67; X, 276.
2) ROHG. V, 262; RG. XXVI, 573.
3) Vgl. Gareis D. St. S. 127/8; ROHG. X, 270.
4) ROHG. VII, 114; XIV, 156.

gründet wird.[1] Dieses sein Interesse, zu wissen, welche Fehler vorhanden sind, tritt ganz besonders dann in die Erscheinung, wenn es sich um die Beanstandung von Waren handelt, welche „nach Probe“ gekauft sind. Hier kann der gerügte Mangel schon in der Probe vorhanden gewesen sein und somit als genehmigt gelten. Oder es handelt sich um Ausfallsproben von anzufertigenden Waren. Hier muss der Verkäufer nähere Angaben erhalten und erfahren, worin die Vertrags- oder Gesetzwidrigkeit liegt, um bei der Fabrikation die gerügten Mängel abstellen zu können. Es wäre ein grober Verstoss gegen die kaufmännische Pflicht, eine ganz besondere Rücksichtnahme und Redlichkeit im Handelsverkehre walten zu lassen, wollte sich der Empfänger hier auf einige allgemeine Angaben beschränken, sodass der Verkäufer gezwungen wäre, seinerseits erst nach Einzelheiten anzufragen und die Fabrikation der bestellten Waren unter Verlust an Zeit und Geld womöglich auf mehrere Tage zu unterbrechen.

Der erforderliche Umfang der Substanziierung kann sich für die einzelnen Fälle sehr verschieden gestalten je nach den getroffenen Vereinbarungen. Hat z. B. der Käufer das Vorhandensein gewisser Eigenschaften ganz besonders zur Vertragsbedingung gemacht, so wird es meistens genügen, wenn der Empfänger, ohne auf eine genaue Beschreibung der Vertragswidrigkeiten einzugehen, in seinem Reklamationsschreiben vielleicht sagt: „Trotzdem meine Anforderungen, die ich beim Kaufschlusse an die Ware stellte, ganz bestimmte und

1) ROHG. V, 262/3; XIV, 68.

unbedingte waren, ist sie doch nicht vertragsmässig ausgefallen". Der Verkäufer wird hier sofort wissen, um welche Mängel es sich handelt, sodass die Anzeige als völlig ausreichend gelten kann. Umschreibungen können daher genügen,[1] z. B. bei schlechter Leinwand: „Ich habe Leinwand bestellt, nicht Löschpapier" oder bei Sendung zu saueren Weines: „Meine Sendung stelle ich Ihnen zur Verfügung, Essig trinken meine Gäste nicht". Ebenso kann eine allgemeine Angabe genügen, wenn auf einen früheren Schriftwechsel Bezug genommen wird.[2]

In der Anzeige hat der Käufer alle Mängel aufzuführen, die er bei seiner Untersuchung entdeckt hat; er darf sich nicht darauf beschränken, nur einige anzugeben vielleicht in der Meinung, dass er sich hierdurch das Recht gesichert habe, die übrigen später noch vorbringen zu dürfen. Bezüglich der offenbaren d. h. der bei einer unverzüglich vorgenommenen und nach ordnungsmässigem Geschäftsgange tunlichen Untersuchung auffindbaren Mängel, die er nicht in seiner unverzüglichen Anzeige rügt, ist er als genehmigend präjudiziert.[3]

Erfolgen mehrere Sendungen[4] gleichartiger Waren von seiten desselben Lieferanten kurz auf einander oder erfolgen Teillieferungen, so ist bei einer stattfindenden Rüge anzugeben, welche Sendung gemeint sei, unter Umständen ist für jede einzelne Sendung

1) Staub II, 1353.

2) ROHG. XIV, 157.

3) ROHG. XIV, 68; RG. XVIII, 55; XXXVIII, 11; Bolze III, Nr. 724.

4) ROHG. X, 269, 272; V, 262; VI, 329, 331; VII, 114, 115.

eine besondere Anzeige erforderlich.[1] Jeder einzelnen Untersuchungspflicht entspricht auch eine Anzeigepflicht. Daher hat bei Ausfallsproben eine zweimalige Rüge zu erfolgen, einmal die Bemängelung der Ausfallsprobe und sodann der Ware selbst.

Wird nur ein Teil der übersandten Ware beanstandet, so ist auch das ausdrücklich anzugeben.

Der Käufer hat bei dieser Mängelanzeige nicht allein zum Ausdruck zu bringen, dass und welche Mängel vorhanden sind, sondern ferner auch, dass er die Lieferung nicht als ordnungsmässige Erfüllung anerkenne und daher seine Rechte geltend machen werde. Eine Beanstandung nach § 377 HGB_2 liegt noch nicht darin, dass sich der Käufer in einem Schreiben an den Lieferanten in bemängelnden Ausdrücken ergeht, vielleicht in der Absicht, für das nächste Mal eine bessere Lieferung zu erzielen oder den Verkäufer zu einer Stundung des Kaufpreises zu bewegen. Welches der gesetzlichen Gewährschaftsrechte er geltend machen wolle, braucht der Käufer in der Mängelanzeige nicht anzugeben. Wenn er sich auch in vielen Fällen darüber schlüssig sein wird, was er zu tun gedenkt und oft auch dem Verkäufer dies tatsächlich gleich mitteilen wird, so besteht doch eine Pflicht dazu nicht.

Eine Ausnahme bezüglich der Substanziierung der Mängelanzeige wird durch die besonders im Getreidehandel häufige „Arbitrageklausel" verursacht, bei welcher der Käufer vorläufig nur ganz kurz anzugeben braucht,

---

1) Gareis-Fuchsberger, S. 742; RG. I, 53; III, 100, 101; ROHG. X, 269; ZHR. XL, 511.

dass die Ware vertragswidrig sei, worüber dann eine besondere ständige oder für den vorliegenden Fall gewählte[1] Kommission ihr Gutachten abgiebt, das für die Parteien verbindlich ist und nur aus den allgemeinen Anfechtungsgründen[2] angefochten werden kann.[3] Der Käufer braucht hier erst nach der oben genannten kurzen Angabe, nachdem das Arbitrageverfahren eingeleitet, die Kommission bestimmt ist, eine ausführlichere Mitteilung über die Art der Fehlerhaftigkeit zu machen.

§ 18.

Die Lieferung eines aliud und einer anderen Quantität.

Die Rügepflicht nach § 377 HGB.₂ umfasst nur die Beanstandung wegen Qualitätsmängel, nicht auch wegen anderer Vertragsmodalitäten z. B. wegen Zuspätlieferung, wegen vertragswidriger Art der Zusendung (mit der Bahn statt mit Fuhrwerk), wegen des Preises u. s. w. Reklamiert der Empfänger wegen solcher Umstände, so fällt diese Rüge in ein ganz anderes Gebiet. Andererseits wird er aber durch § 377 auch nicht verpflichtet, wegen solcher Vertragswidrigkeiten unverzüglich Anzeige zu machen. Eine Rüge aus § 377 muss immer ersichtlich machen, dass sie geschehen ist wegen Qualitätsmängel.[4]

Die unter der Herrschaft des alten Handelsgesetz-

1) Riesenfeld, Nr. 472; Magd. Us. S. 50, § 15. In Berlin: Freundschaftliche Berliner Arbitrage (Dove-Apt, S. 215).
3) BGB. § 318.
3) Frommer in ZHR. XXXIX, S. 325; ROHG. XVIII, 204.
4) ROHG. I, 122; II, 380—383; VI, 165/6.

buches sehr bestrittene und meistens im verneinenden Sinne beantwortete Frage,[1] ob die Rügepflicht auch bestände bei Lieferung eines aliud — einer anderen Spezies-Sache resp. einer Ware anderer Gattung — und einer anderen Quantität, ist im neuen Handelsgesetzbuche dahin entschieden worden, dass kein Unterschied mehr zu machen sei, ob ein Qualitäts- oder Quantitätsmangel vorliege oder eine andere Ware, als bestellt, geliefert sei. Man ist bei dieser Art der Entscheidung von dem sehr vernünftigen und eigentlich selbstverständlichen Standpunkte ausgegangen, dass eine so scharfe Scheidung zwischen den einzelnen Gruppen in sehr vielen Fällen garnicht möglich sei und ein Qualitätsmangel dem Käufer oft viel unerwünschter sein kann als die Lieferung einer anderen Ware oder einer anderen Menge von Waren, als bedungen war, dass eine solche Scheidung daher der inneren Berechtigung und sachlichen Begründung entbehre. Aber selbst da, wo die Unterscheidung leicht zu machen ist, wie beim Kauf einer Speziesware, hat der Verkäufer das gleiche Interesse daran, umgehend zu erfahren, ob der Empfänger mit der Lieferung einverstanden sei, und es würde gegen alle kaufmännische Redlichkeit und Gegenseitigkeit sein, wenn der Empfänger in diesem Falle eine Anzeige von der Abweichung in der Lieferung nicht unverzüglich zu erstatten brauchte, sondern mit seiner Beanstandung nach Belieben warten könnte. Wenn der Verkäufer sich dazu entschliesst, eine andere Ware oder eine andere Menge, sei es weniger, sei es mehr als

1) Vgl. Hanausek I, 228—232; Gareis D. St. S. 14—16; bes. S. 14, Anm. 1; Schlodtmann in ZHR, XXVII, 1,

bestellt war, als Erfüllung zu übersenden, so wird er es meistens tun, weil er durch irgend welche Umstände dazu gezwungen ist und annehmen kann, dass der Geschäftsfreund mit der Lieferung einverstanden sein wird. Es wird sich daher nur um geringe Abweichungen handeln, die sich innerhalb des Rahmens der Bestellung halten. Weicht allerdings die gelieferte Ware von der bestellten offensichtlich so erheblich ab, dass seitens des Verkäufers eine Genehmigung dieser Leistung durch den Empfänger als ausgeschlossen betrachtet werden musste, so verliert der Käufer durch ein Unterlassen der unverzüglichen Reklamation seine Rechte gegen den Verkäufer nicht; für solche äusserste Fälle hat ihn § 378 von der unverzüglichen Rügepflicht befreit; denn hier wird die Sachlage so angesehen, als sei überhaupt noch nicht erfüllt. Durch diese kleine Modifikation ist die Möglichkeit gegeben, allen vorkommenden Fällen eine spezielle Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse zu Teil werden zu lassen, und zugleich ist der Handlungsweise unreeller Kaufleute ein Riegel vorgeschoben, dass diese nicht, wenn sie die bestellte Ware nicht mehr auf Lager haben, ohne weiteres eine andere oder eine andere Qualität, welche für den Käufer gar kein Interesse hat, senden können, unbekümmert darum, ob sie dieser gebrauchen kann oder nicht. Dass der Verkäufer Kenntnis davon hatte, dass die andere Quantität oder das aliud für die Zwecke des Käufers garnicht in Betracht kommen könne, ist für die Anwendbarkeit des Vorbehaltes nicht nötig. Hier muss also die Unterscheidung zwischen einem aliud einer anderen Menge einerseits und Qualitätsmängel andererseits

wieder gemacht werden, aber es kommen hier nur die gröbsten Fälle in Betracht, in denen ein solcher Unterschied unschwer zu erkennen sein wird.

Die Bestimmung, dass für die beiden Fälle der Lieferung eines aliud und einer andern Quantität § 377 Anwendung finden solle, besagt nicht nur, dass der Käufer hier zur Mängelanzeige verpflichtet sei, sondern es kommt dann auch § 379 in Betracht d. h. wenn es sich um einen Distanzkauf handelt, so hat der Empfänger die Pflicht, bei Beanstandung der Ware wegen Lieferung eines aliud oder einer andern Quantität für ihre einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen und schliesslich hat er auch das Recht des Nothilfeverkaufes aus § 379[1].

b) Die Gewährschaftsrechte.

§ 19.

Die Gewährschaftsrechte und Erweiterungen und Beschränkungen in der Geltendmachung derselben, insbesondere das Recht des Verkäufers auf α) Nachlieferung. β) Nachbesserung. γ) Beschränkungen beim „Kauf nach Besicht".

Die Rechte welche im Handelskauf nach ordnungsmässiger Beanstandung gegeben sind, sind dieselben wie für den Kauf nach bürgerlichem Recht, da das HGB. nichts von solchen erwähnt und somit die allgemeinen Vorschriften des BGB. zur Anwendung kommen.

Die Rechte sind die schon oben auf auf S. 55 erwähnten auf Wandelung, Minderung[1] resp. bei Gattungs-

1) BGB. § 462.

käufen auf Nachlieferung einer mangelfreien Ware[1] und ferner ein Recht auf Schadensersatz allgemein bei dolus und beim Fehlen besonders zugesicherter Eigenschaften.[2] Ausserdem besteht eine allgemeine Schadensersatzpflicht für den Verkäufer bei schuldhaft mangelhafter Lieferung, eine Pflicht, die zwar nirgends im Gesetz ausdrücklich aufgestellt ist, sich aber aus den allgemeinen dem bürgerlichen Recht innewohnenden Grundsätzen ergiebt, dass, wer eine Verpflichtung schuldhaft nicht erfüllt, dem andern Teil, wenn er Schaden dadurch erleidet, diesen ersetzt".[3]

Hier beim Handelskauf haben wir nun, abgesehen von der auch beim bürgerlichen Kauf bestehenden Möglichkeit der vertragsmässigen Abänderung, die Besonderheit, dass die gesetzliche Zahl der Gewährschaftsrechte vielfach durch Usanze eingeschränkt oder erweitert ist, sodass dieses oder jenes Recht überhaupt nicht geltend gemacht werden kann oder ausser den gesetzlichen noch andere Rechte gegeben sind. In vielen Handelszweigen finden wir — es handelt sich meistens um Einschränkungen — solche Bestimmungen, die den Käufer auf ein ganz bestimmtes Recht beschränken. Es ist wieder ein bestimmter Grundzug des Handels, der zu diesen Einschränkungen führt und dem wir auf unserem ganzen Wege bisher als lebendiger, treibender Kraft begegnet sind, nämlich die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme unter Geschäftsfreunden und Kaufleuten überhaupt. Als Angehörige eines grossen

1) eod. § 480.
2) eod. § 463.
3) Staub, II, S. 1367, Anm. 91 ff.

wichtigen Standes, der nur bei gegenseitigem Vertrauen unter seinen Mitgliedern ein gesundes und allgemein nutzbringendes Fortkommen findet, haben sie ganz besonders die Pflicht, sich gegenseitig ohne Schikane zu behandeln; es darf der eine dem andern gegenüber nicht auf sein starres Recht pochen, wenn er dadurch dem Geschäftsfreund Schaden zufügt ohne selbst Nutzen davon zu haben; sondern ihre geschäftlichen Verbindungen und Auseinandersetzungen sollen stets von dem Willen beiderseitigen Entgegenkommens geleitet sein. Dieses besondere Mass von kaufmänischem Treu und Glauben führt nun dazu, dass der Empfänger einer Ware bei kleinen Abweichungen in der vertrags- oder gesetzmässigen Qualität nicht gleich Rückgängigmachen des ganzen Kaufvertrages, wie der Käufer nach BGB., verlangen darf, sondern durch Usanze darauf beschränkt wird, entweder nur Minderung des Kaufpreises oder Nachlieferung einer mangelfreien Ware oder gar nur eines dieser Rechte geltend zu machen.

So hat sich bei gewissen Waren, deren Verunreinigung durch fremde Beimischungen in den betreffenden Produktionsländern nicht vermieden werden, für deren sachgemässe Behandlung und daher voll vertragsmässige Beschaffenheit der Verkäufer nicht einstehen kann, die Usanze gebildet, dass nicht Wandelung oder Nachlieferung einer mangelfreien Ware verlangt werden darf, sondern nur Herabsetzung des Kaufpreises, wenn die Ware schlechter ausfällt als bedungen war. Gewöhnlich braucht der Verkäufer hier aber nicht mehr zu bezahlen, wenn die Ware besser ausfällt. Das ist gewissermassen

ein Äquivalent dafür, dass er die Ware bei fehlerhafter Beschaffenheit nicht zurückweisen darf. Solche Usanzen haben wir besonders im Baumwollhandel [1] und Hamburger Petroleumhandel,[2] im Handel mit Kaffee, Indigo, sowie bei den Handelskäufen, die abgeschlossen werden mit der Klausel tel quel.[3] Ähnliches bestimmen die Usanzen vieler Behörden für den Handel in Getreide, Kraftfutter und Düngemitteln. So heisst es z. B. in den im Hamburger Grosshandel gebräuchlichen Kleiekontrakten:[4]

> „Beschädigung durch Seewasser oder aus anderen Ursachen muss vom Käufer unter Vergütung des Minderwertes mit empfangen werden. . . . .
>
> . . . . . Abfallende Qualität der Ware ist kein Grund zum Refus, vielmehr muss die Ware auf jeden Fall ev. unter Vergütung des Minderwertes empfangen werden."

d. h. der Käufer kann in diesen Fällen nicht Rückgängigmachen des Kaufvertrages oder Nachlieferung mangelfreien Ware verlangen, sondern ist verpflichtet, die fehlerhafte Ware unter Preisminderung anzunehmen. Auch für Dresden bestimmt die Usanze der Produktenbörse[5], dass, wenn vom Käufer die Ware bemängelt wird und nach dem Urteile des Börsenschiedsgerichts deren Minderwert nicht über $2^1/_2\,\%$ austrägt, der Verkäufer verpflichtet sei, die bemängelte

---

1) ROHG. vom 25. 6. 1872 in Calms Wochenschrift von 1872, Nr. 37, S. 299–300.

2) ZHR. XV, 189, 190; vgl. Puchelt, S. 293/4.

3) Vgl. S. 70 ff.

4) Waage, S. 68^2 u. 69^5.

5) Waage, S. 44, Art. 13.

Ware an Stelle der vertragsmässigen nach der Taxe zu übernehmen, und ebenso der Verkäufer, in diesem Falle dem Käufer die bemängelte Ware nach der Taxe zu überlassen d. h. mit der vom Börsenschiedsgericht festgesetzten Preisreduktion abzunehmen. Also auch hier nur ein Minderungsrecht! Eine der eben erwähnten ähnliche Fehlergrenze ist oft im Getreidehandel freigelassen, innerhalb deren der Käufer nicht zur Wandelung oder Nachforderung einer mangelfreien Ware, sondern nur zur Minderung des Kaufpreises berechtigt ist. So besagen die Danziger Usanzen für den Handel in Weizen und Gerste nach Qualitätsgewicht folgendes:[1]

„Für mehr als 3g nicht über 5g Mindergewicht ist $^1/_2$ %
„ „ „ 5„ „ „ 8„ „ „ $1^1/_2$ „
„ „ „ 8„ „ „ 11„ „ „ 2 „

zu kürzen." Für Mehrgewicht wird auch hier, wie in dem Falle auf Seite 113, nichts vergütet. Eine gleiche Beschränkung auf das Minderungsrecht finden wir besonders häufig dann, wenn bezüglich der zu liefernden Menge gesagt ist, es solle „circa" so und und soviel geliefert werden. Dieses Circa bedeutet, dass der Verkäufer berechtigt sei, 3 resp. 5%, je nach Usanze, mehr oder weniger als vereinbart, zu liefern. Bei zu wenig Lieferung hat der Käufer ebenfalls nur das Recht, einen Preisabzug zu machen, wegen des Minus darf er nicht Wandelung oder Nachlieferung verlangen.[2]

---

1) Waage, S. 24 § 10. Weitere Beispiele vgl. cod. S. 57 § 2; 60 § 3; 62 § 5; 76 § 12; 77 § 13; 117 § 16; 120 § 13.

2) Vgl. hierzu, Die verschiedenen Us. bei Waage a. a. O.

Eine Einschränkung der Gewährschaftsrechte nur auf das der Wandelung finden wir bei Käufen zwischen den am Saathandel beteiligten Firmen zu Hamburg.[1] Hier hat der Empfänger bei nicht kontraktlicher Lieferung einer unter loco Bedingungen verkauften Ware nur das Recht, vom Geschäft zurückzutreten, ohne Anspruch auf Schadensersatz oder Nachlieferung kontraktlicher Ware erheben zu können.

α) Nachlieferung als Recht des Verkäufers.

Vielfach ist nach Beanstandung einer Lieferung dem Empfänger überhaupt zunächst eine Wahl in der Geltendmachung von Rechten entzogen, dagegen unmittelbar dem Verkäufer das Recht gegeben, eine mangelfreie Ware nachzuliefern. Eine solche Nachlieferung als Recht des Verkäufers ist dem BGB. unbekannt, sodass wir es hier mit einer spezifischen Besonderheit des Handelskaufes zu tun haben, die, wie die meisten Eigenarten desselben, auf Usanze beruht. So ist es nach den Bestimmungen der Dresdener Produktenbörse[2] ortsüblicher Brauch, dass, wenn eine innerhalb vereinbarter Frist zu liefernde Ware beanstandet und von dem Börsenschiedsgericht über $2^1/_2\%$ minderwertig taxiert wird, der Verkäufer, solange dies ohne Überschreitung der vertragsmässigen Lieferfrist möglich ist, durch anderweitige Lieferung seiner Verpflichtung noch nachkommen kann. Die Usanzen der Getreidebörse von Hannover[3] gewähren bei einem solchen Lieferungs-

1) Waage, S. 75 § 6.
2) Waage, S. 44, Art. 15.
3) Waage, S. 91.

kauf dem Verkäufer noch die weitere Vergünstigung, dass die Nachlieferung mangelfreier Ware auch erfolgen kann während einer eventuell noch eingeräumten Nachfrist. Auch im Handel mit Wertpapieren finden wir solche Bestimmungen. So ist nach den Geschäftsbedingungen der Berliner Effektenbörse (§ 9), wenn es sich um Geschäfte in verlosbaren oder kündbaren Effekten handelt und der Verkäufer schon gekündigte oder verloste Stücke liefert, diesem das Recht gegeben, sie innerhalb von 6 Monaten vom Tage der Ablieferung an gerechnet, gegen umlaufsfähige Stücke umzutauschen.[1]

β) Das Recht des Verkäufers auf Nachbesserung.

Beim bürgerlichen Kauf hat der Verkäufer unter keinen Umständen das Recht, wenn eine mangelhafte Lieferung vom Empfänger beanstandet wird, von diesem zu verlangen, dass er sich mit einer Nachbesserung, einer nachträglichen Beseitigung der gerügten Mängel zufrieden gebe. Cosack[2] und Oertmann[3] sind zwar entgegengesetzter Meinung, doch ergiebt sich die Unhaltbarkeit dieser Ansicht erstens aus dem Umstande, dass dieses Recht, ebenso wie ein Recht des Verkäufers auf Nachlieferung, im BGB. nicht erwähnt ist und sodann aus den Protokollen I S. 967 f., in denen es heisst:

> „Ein Antrag, der Verkäufer könne die Wandelung oder Minderung dadurch abwenden, dass er un-

1) Sal. I, 473; vgl. die Usanzen der Frankfurter Effektenbörse cod. S. 239.

2) Cosack, Brgl R. I, § 127V2.

3) Oertmann zu § 462.

verzüglich den Mangel beseitigt, ist abgelehnt worden".

Dieses Recht auf Nachbesserung, das also der Verkäufer beim Kauf nach bürgerlichem Recht nicht hat, ist beim Handelskauf — es kommt hier in erster Linie nur der Grosshandel in Betracht, doch, wie das in der Natur der Sache liegt, wird sich oft auch der Kleinhandel bei seinen Geschäftsabschlüssen auf die betreffenden Usanzen beziehen — für den Saathandel in Hamburg und in Danzig für den Handel in Getreide, Hülsenfrüchten, Ölsaaten, Sämereien und Kleie dem Verkäufer nach dortigen Usanzen eingeräumt. Die Danziger Bestimmungen[1] besagen schlechthin, dass wenn die Vertragsmässigkeit der Ware bestritten werde, der Verkäufer zur Herstellung der Vertragsmässigkeit berechtigt sei. Der Käufer muss ihm sogar, damit er die hierzu nötigen Manipulationen vornehmen kann, die nötige Zeit und eventuell den nötigen Platz gewähren. Da die Ware gewöhnlich schon auf dem Speicher des Käufers lagert, so muss dieser ihm zur Herstellung der Vertragsmässigkeit den etwa nötigen Arbeitsraum in angemessener Weise gewähren und ihm Frist von 2 Arbeitsstunden für je 10 Tonnen oder deren Bruchteil gestatten. Die Hamburger Usanzen[2] bestimmen für die am Saathandel beteiligten Firmen, dass, wenn eine Lieferung hinsichtlich ihres Seidegehaltes als unkontraktlich beanstandet wird, dem Verkäufer das Recht zustehe, die Saat nochmals zu reinigen. Auch hier ist ihm unter Umständen eine besondere

1) Waage, S. 23 § 6. Danz. Us. S. 84.
2) cod S. 78 § 16; vgl. ferner S. 74 § 3

längere Frist einzuräumen. Kleinere Posten unter 5000 kg müssen nämlich schon am nächsten Werktage, nachdem die Abteilung für Warenkunde des Botanischen Museums in Hamburg über die Vertragswidrigkeit entschieden hat, angedient werden. Bei Quantitäten über 5000 kg sind dem Verkäufer für je 5000 kg weitere 24 Stunden Frist einzuräumen.

γ. Kauf nach Besicht.

Beim bürgerlichen Kauf wie beim Handelskauf ist es zulässig, dass die Parteien beim Abschluss des Vertrages die Geltendmachung irgend eines Rechts für den Fall der Beanstandung ausschliessen. Wann eine solche Vereinbarung als vorliegend zu erachten ist, lässt sich nur nach den näheren Umständen beantworten. Im Handelsverkehre haben wir nun eine bestimmte Formel, die den Ausschluss aller Gewährschaftsrechte wegen Qualitätsmangel zur Folge hat und, als tatsächlich nur im Handelskauf vorkommend, als Besonderheit desselben zu erwähnen ist. Die Klausel[1] lautet „wie besehen", nach „Besicht", „besehen und acceptiert". Ist ein solcher Kauf „nach Besicht" abgeschlossen, so hat der Verkäufer damit kund gegeben, dass er die Ware in dem Zustande verkaufen wolle, in dem sie sich zu der Zeit befunden hat, wo sie durch den Empfänger besichtigt wurde oder hätte besichtigt werden müssen resp. können. Andererseits erklärt sich der Käufer mit dieser Beschaffenheit der Ware zufrieden und be-

1) Vgl. Staub II, 1377/8; Fuchsberger Entsch. S. 1025; Stettiner Handelsgebräuche im Handel mit Getreide, Hülsenfrüchten u. Ölsaaten bei Waage, S. 137 § 35.

kundet, dass, wenn die Ware von ihm „besehen und acceptiert“ ist, er hinsichlich der Qualität keine Ansprüche an den Verkäufer mehr geltend zu machen habe. Durch die Klausel ist dieser allerdings nicht gedeckt bei arglistigem Verschweigen von Mängeln, denn nach BGB. § 476 liegt ihm die Pflicht ob, auf Mängel, die ihm bekannt sind, den Käufer aufmerksam zu machen, widrigenfalls seine Gewährschaftspflicht bestehen bleibt und die Genehmigungspräsumtion des Käufers fortfällt.

Usanzemässig ist ferner gleichfalls kein Gewährschaftsrecht gegeben, wenn nur kleine Abweichungen in der Zahl oder Art vorliegen, wie im Spielwarenhandel,[1] bei Verkauf von Wein, Kognak, Stroh, Maschinen, Öl usw.[2]

§ 20.

Beanstandung eines Teiles der Ware.

Ist nicht die ganze Ware, sondern nur ein Teil vertrags- oder gesetzwidrig ausgefallen und will der Käufer seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit wahrnehmen, so kommen dieselben Regeln zur Anwendung, die für den bürgerlichen Kauf gelten. Im Allgemeinen kann nur hinsichtlich des mangelhaften Teiles Wandelung oder Nachlieferung verlangt werden. Handelt es sich um Beanstandung der Hauptsache, so ergreift diese auch die Nebensache, nicht aber umgekehrt; wird die Beschaffenheit einer als Nebensache einer Lieferung

1) ROHG. XIX, 189.
2) Riesenfeld, Nr. 205–207, 200. Waage, S. 3 § 2; 24 § 10.

aufzufassenden Ware gerügt, so können Rechte nur bezüglich dieses Teiles geltend gemacht werden.[1] Bei Mangelhaftigkeit einzelner von mehreren selbständigen Sachindividuen kann hingegen Wandelung usw. wegen aller Waren verlangt werden, wenn diese als zusammengehörend verkauft sind d. h. eine wirtschaftliche Einheit bilden und die mangelhaften Waren nicht ohne Nachteil für den Verkäufer oder Käufer von den übrigen getrennt werden können.[2] Für den Handelskauf finden wir nun bezüglich dieser Bestimmung eine recht extensive Interpretation insofern, als untrennbare Zusammengehörigkeit auch dann als vorliegend erachtet wird, wenn eine Scheidung des vertragsmässigen Teiles vom mangelhaften über das geschäftsübliche Mass hinaus mühevoll und zeitraubend oder kostspielig wäre und somit dem Käufer nicht zugemutet werden kann.[3] Ferner ist der Käufer berechtigt, die ganze Sendung zurückzuweisen, wenn er ein spezielles Interesse, nur das Ganze anzunehmen, darlegen kann.[4]

§ 21.

Die Rechte des Käufers bei Lieferung eines aliud oder einer anderen Qualität.

Eine Streitfrage ist es, welche Rechte dem Käufer gewährt seien bei Beanstandung nach § 378 HGB., wenn er reklamiert wegen Zusendung einer andern

1) BGB. § 470.
2) BGB. § 469; ROHG. II, 306.
3) Vgl. Bolze II, 980; V, 662.
4) ROHG. II, 306.

Ware oder einer andern Menge als bedungen war. Staub[1] interpretiert den § 378 dahin, dass er sagt:

> „Gemeint ist offenbar, dass nicht bloss der § 377, also nicht bloss die dort angeordnete Anzeigepflicht, sondern überhaupt die Vorschriften über Gewährleistung beim Handelskaufe Platz greifen und nicht die Vorschriften über den Erfüllungsverzug."

Lehmann-Ring[2] andererseits wollen dem Käufer hier nicht die Gewährschaftsrechte geben, sie meinen, der Verkäufer habe hier überhaupt noch nicht erfüllt und der Käufer könne keine Wandelung oder Minderung verlangen, sondern sich nur wegen Nichterfüllung an den Verkäufer halten. Zunächst ist einmal festzustellen, dass bei Übersendung von Waren, die von der Bestellung so erheblich abweichen, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste, niemals eine Erfüllung vorliegt. Auf diesen Fall findet ja auch die Rügepflicht des § 377 keine Anwendung und es können hier die Gewährschaftsrechte garnicht in Frage kommen. Wie stellt sich aber die Sachlage dar, wenn die Abweichung nicht so erheblich war, wenn die Genehmigung des Käufers sehr wohl erwartet werden konnte? Der § 378, grammatisch interpretiert, giebt keinen Anhalt dafür, welche Rechte dem Käufer zustehen sollen; er verweist nur auf § 377 d. h. verlangt eine unverzügliche Rügepflicht bei Lieferung eines aliud und einer andern Quantität, ohne aber an-

1) Staub II, S. 1381.

2) Lehmann-R., S. 173, Nr. 7; vgl. ferner Düringer-Hach., Bd. III (1904) S. 126.

zudeuten, dass die Rechte, welche sich bei § 377 aus den gerügten Qualitätsmängeln ergeben, nun auch auf den Fall des § 378 zu übernehmen seien. Will man aber die ratio legis heranziehen und logisch interpretieren so wird man doch zu einem andern Ergebnis kommen. Der Zweck, den das Gesetz mit der Bestimmung des § 378 verfolgt, ist doch, wie schon oben Seite 111 ff. entwickelt, der, eine Unterscheidung aufzuheben, die sich wohl in der Theorie durchführen und mit allen Konsequenzen klar entwickeln lässt, die aber in der Praxis oft kaum zu machen ist und dadurch für sie unbrauchbar wird, eine Scheidung, die der inneren Berechtigung und sachlichen Begründung entbehrt. Dieser Zweck des Gesetzes würde aber nur halb erreicht werden, wenn man den § 378 darauf beschränken wollte, dass man sagt, er verlange nur eine Aufhebung des Unterschiedes soweit die Rügepflicht in Betracht komme, im übrigen aber, und so vor allem bezüglich der Geltendmachung der Rechte, könne die Mauer zwischen Qualitätsmängeln einerseits, einem aliud und einer andern Quantität andrerseits ruhig weiter bestehen bleiben. Dann müsste ja jene schwierige Unterscheidung, die der Gesetzgeber als unbegründet beseitigen wollte, wieder gemacht werden, wenn man die besonderen Rechte wegen Erfüllungsverzuges resp. Nichterfüllung eintreten lassen wollte. Der praktische Erfolg des § 378 wäre dann ein sehr geringer.

Aus diesen unabweisbaren Gründen wäre die Streitfrage also dahin zu entscheiden, dass bei Lieferung einer andern Ware oder andern Menge von Waren, als bedungen war, nicht allein für den Käufer die Pflicht

besteht, unverzüglich zu rügen, sondern auch, dass derselbe bei ordnungmässiger Beanstandung der Ware die Gewährschaftsrechte, wie bei Qualitätsmängeln habe. Einer Auslegung in diesem Sinne wird man sich nicht entziehen können, wenn man nicht unlogisch sein und der ratio legis entgegen handeln will. Unterstützt wird diese Ansicht durch die auf Seite 117 behandelten Bestimmungen für Zirka-Käufe, bei denen der Käufer, falls sich die Mengeabweichungen innerhalb der usanzemässigen Rahmen halten, auf das Minderungsrecht beschränkt ist d. h. es ist ihm hier nur eins der Gewährschaftsrechte gegeben. Überschreitet die Quantitätsabweichung aber die gesetzte Grenze, so kann nur gefolgert werden, dass ihm dann auch die andern Gewährschaftsrechte wahlweise zu Gebote stehen sollen. Dieses bestätigen die Usanzen des Vereins der am Saathandel beteiligten Firmen zu Hamburg,[1] wenn auch unter Aufhebung der Wahlfreiheit. Der Verkäufer darf nach denselben bei Abschlüssen nach Gewicht 2 resp. 5 % mehr oder weniger als die im Schlussscheine genannte Menge liefern. Bei Überschreitung dieser Latitude kann nun der Käufer verlangen, dass der Verkäufer das zu viel gelieferte Quantum zurücknehme, für das zu wenig gelieferte dagegen die Differenz vergüte zwischen dem Kaufpreise und dem am Tage der Andienung geltenden Marktpreise, sofern dieser höher ist, als der Kaufpreis. Wir haben es demnach im ersten Falle mit einer teilweisen Wandelung, im zweiten mit einer Minderung des Kaufpreises zu tun.

Das BGB. kennt eine solche generelle Gleich-

1) Waage, S. 76 § 10.

stellung der Qualitätsmängel einerseits, der Lieferung eines „aliud" und einer „andern Quantität" andrerseits nicht. Es hat zunächst einmal keine unverzügliche Rügepflicht und sodann auch nicht die Besonderheit, dass bei Lieferung einer andern Ware und einer andern Menge von Waren die Gewährschaftsrechte, wie bei Qualitätsmängeln gegeben sind; vielmehr kommen nur die Rechte aus Nichtlieferung resp. Erfüllungsverzug in Betracht. Somit haben wir für den Handelkauf wieder eine wichtige Besonderheit gegenüber dem bürgerlichen Kauf.

§ 22.

Die Anzeigepflicht des Käufers bei Nichtanerkennung der Beanstandung.

Bezüglich der Durchführung der Gewährschaftsrechte für den Fall, dass der Verkäufer die Beanstandung nicht als gerechtfertigt anerkennen will und der Käufer somit gezwungen ist im Klagewege seine Rechte geltend zu machen, ist für gewisse wichtige Zweige des Handels und zwar hauptsächlich des Grosshandels, noch ein Moment hervorzuheben, das einen spezifisch handelsmässigen Charakter trägt und für den bürgerlichen Kauf nicht in Betracht kommt. Das ganze Gebiet des Handels ist ja durch die Usanze beherrscht, die, wie schon oben in der allgemeinen Ausführung dargestellt, mannigfache Abweichungen vom bürgerlichen Recht hervorruft. So findet sich in verschiedenen Usanzen die Bestimmung, dass für den obigen Fall der Nichtanerkennung der vom Käufer er-

hobenen Beanstandung der Verkäufer die Pflicht habe, binnen gewisser kurzer Fristen dem Käufer die Nichtanerkennung mitzuteilen. Das bürgerliche Recht kennt solche scharfen Bestimmungen nicht und wird auch selbst durch Verkehrssitte und bei Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht zu solcher kurzfristigen Erklärungspflicht gelangen, das ist eine Eigenheit des Handelskaufes, die in gewissen Zweigen des Handels durch das besonders dringende Bedürfnis hervorgerufen wird, unnötige Weiterungen zu vermeiden und etwaige Hindernisse in der glatten Abwickelung der Geschäfte möglichst schnell aus dem Wege zu schaffen. Wie die Rügepflicht des Käufers, so beruht auch die Pflicht des Verkäufers, sich innerhalb einer knapp bemessenen, absolut festgesetzten Frist dahin zu erklären, ob er die vom Käufer erhobenen Reklamationen anerkennen wolle, auf obiger ratio. Kommt der Verkäufer seiner Pflicht nicht nach, so präjudiziert er sich insofern, als dann die gerügten Mängel von ihm als anerkannt gelten, sodass wir hier eine Art contumacia mit dem Präjudiz der affirmativen litis contestatio vor uns haben. Macht er aber rechtzeitig dem Käufer davon Mitteilung, dass er dessen Ausstellungen nicht für begründet erachte, so muss eine Entscheidung der zuständigen Sachverständigenstelle über die Beschaffenheit der Ware herbeigeführt werden.

So besagen die Danziger allgemeinen Bedingungen für den Kauf von Getreide, Hülsenfrüchten, Ölsaaten, Sämereien und Kleie in § 11:[1]

1) Waage, S 26 7. Vgl. cod. S. 34 § 11; ferner Danz. Us. S. 189, 100, 128.

Will der Verkäufer die gerügten Mängel nicht anerkennen, so hat er es spätestens bis 10 Uhr vormittags des der Bemängelung folgenden Börsentages dem Käufer anzuzeigen. Die Proben sind dann falls nicht gemäss § 13 Besichtigung im Stück verlangt wird — ohne Aufenthalt gemeinschaftlich zur Börsenzeit nach dem Börsenlokal zu schaffen und der Verkäufer hat bis 12½ Uhr mittags die Entscheidung der betreffenden vom Vorsteheramt der Kaufmannschaft bestimmten Sachverständigen zu beantragen.

Wenn der Verkäufer die nach dem vorhergehenden Absatz erforderliche Anzeige an den Käufer oder den Antrag an die Sachverständigen versäumt, so gilt die Bemängelung als anerkannt. § 13 bestimmt:

Ob die Prüfung der Ware in der Probe oder im Stück erfolgt, bleibt dem Ermessen der Sachverständigen überlassen. Auf Verlangen auch nur eines der Parteien muss jedoch die Prüfung im Stück erfolgen, soweit es tunlich ist.

Wegen der zu begutachtenden Probe gelten die Bestimmungen des § 9 Abs. II.

In diesem § 8 und in einem weiter herangezogenen § 7 Abs. II und III werden dann die genaueren Vorschriften über die Art der Probenahme in den verschiedenen Fällen gegeben.

§ 23.

Schiedsgerichte.

Als Eigenheit des Handelskaufes, die allerdings im allgemeinen nur für den Grosshandel in Betracht

kommt, mag noch erwähnt werden, dass in den meisten Fällen bei Streitigkeiten über Qualitätsmängel und was dem gleichsteht nicht die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben, sondern die Sachverständigen-Kommissionen resp. der Börsenvorstand des in Betracht kommenden Handelsplatzes, Durch die verschiedenen Börsenordnungen, Geschäftsbestimmungen, Usanzen usw. ist es den Mitgliedern der Börse oder einer Händlervereinigung zur Pflicht gemacht, sich bei Reklamationen nach den in Frage kommenden Usanzen zu richten, und diese verweisen nun in erster Linie auf die Sachverständigen-Kommissionen, Schiedsgerichte usw., gegen deren Entscheidung sogar bisweilen keine Berufung gegeben ist, und die ein späteres Anrufen der ordentlichen Gerichte ausschliessen.[1] Entweder bestehen schon für die einzelnen Geschäftszweige ständige Kommissionen oder sie werden für den einzelnen Fall gebildet, dann meistens durch Wahl seitens der Parteien nach einem bestimmten Modus Auch die Art des Verfahrens vor solchen Schiedsgerichten, Kommissionen usw, ist an den meisten Handelsplätzen in allen Einzelheiten geregelt. So haben genaue Reglements für ihre Sachverständigen-Kommissionen der Verein der Getreidehändler der Hamburger Börse, der Verein Deutscher Grosshändler in Dünge- und Kraftfuttermitteln,[2] die Getreidebörse zu Hannover und Cöln[3] u. a. m.

---

1) Waage, S. 80.
2) Waage, S. 72 u. 76.
3) cod. S. 92. Vgl. Börsenordnung von C. (6. Juli 1900)§ 21a.

§ 24.

Verjährung der Gewährschaftsrechte.

Was die Zeit anbetrifft, innerhalb deren der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Ware seine Rechte geltend machen kann, so kommen hierfür die einschlägigen §§ des BGB. zur Anwendung. Dieses hat eine Frist von 6 Monaten,[1] von der Ablieferung an gerechnet, aufgestellt, die der Käufer unbedingt inne zu halten hat, widrigenfalls der Verkäufer berechtigt ist, sich durch die Verjährungseinrede allen Pflichten zu entziehen. Das alte Handelsgesetzbuch hatte im Artikel 349 diese Frist als Präklusivfrist konstruiert, sodass sie vom Richter ex offizio berücksichtigt werden und nach ihrem Ablaufe die Klage abgewiesen werden musste. Nach BGB. ist es eine gewöhnliche Verjährungsfrist, die für den Verkäufer nur eine Einrede begründet. Innerhalb der 6 Monate hat der Käufer seine Rechte wahrzunehmen, d. h. er muss während dieser Frist seiner Rügepflicht genügt und Wandelung oder Minderung usw. verlangt haben. Auch wenn es sich um heimliche Mängel handelt und diese erst nach Ablauf der 6 Monate entdeckt sind, gilt diese Grenze; dann trägt der Käufer den Schaden; denn der Verkäufer ist nun berechtigt, jede Leistung zu verweigern, die wegen mangelhafter Beschaffenheit der von ihm gelieferten Ware von ihm gefordert würde. Ferner verliert der Käufer seine Rechte, wenn er zwar rechtzeitig rügt, aber nicht innerhalb der 6 Wochen Klage erhebt und was dem gleichsteht;[2] er verliert hier die

1) BGB. § 477.
2) BGB. § 478.

Möglichkeit, offensiv d. h. durch Erhebung der Klage seinerseits gegen den Lieferanten vorzugehen; im Wege der Einrede jedoch kann er, sollte er wegen Zahlung des Kaufpreises belangt werden, seine Rechte aufrecht erhalten,[1] indem er die Zahlung des Kaufpreises verweigert. Das kann er insoweit, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde, ferner wenn er vor Vollstreckung der Verjährung gerichtliche Beweisaufgahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Ware wegen der Mangelhaftigkeit anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat.

Wie die unverzügliche und in ordnungsmässigem Umfange erfolgte Mängelanzeige materiellrechtlich eine Besonderheit gegenüber dem bürgerlichen Kauf darstellt, so ergeben sich naturgemäss auch prossessualische Abweichungen in der Behandlung der Gewährschaftsrechte; denn zu deren Geltendmachung ist nicht allein die Einhaltung der 6-monatigen Verjährungsfrist und die tatsächlich erfolgte Bemängelung erforderlich, sondern ferner, dass diese Bemängelung unverzüglich nach Entdeckung der Fehler und in gehöriger Substanziierung sowie in die Absicht des Käufers, seine Rechte geltend machen zu wollen, klar erkennbar machender Form erfolgt ist. Der Richter hat beim Handelskaufe das Vorliegen dieser Tatsachen ex officio zu prüfen und fest zu stellen. Das Fehlen auch nur einer dieser Essentialien, die zu den rechtsbegründenden Klagetatsachen gehören, würde das ganze

1) BGB. § 478.

Klagegebäude des Käufers zum Einstürzen bringen, weil damit ein Hauptpfeiler desselben in Wegfall käme. Zwar ist auch beim bürgerlichen Kauf vom Richter zu prüfen, ob der Käufer die Mängel beanstandet hat, aber zunächst fällt hier der Begriff „Unverzüglich" fort und was die gehörige Substanziierung der Anzeige betrifft, so ist dieses Erfordernis für den bürgerlichen Kauf kein so fester, bestimmter Begriff wie für den Handelskauf. Von einem Kaufmann ist eine klare, knappe Reklamation zu verlangen, die unzweideutig und ohne Umschweife zu erkennen gibt, d a s s und w e l c h e Mängel vorhanden sind und dass wegen derselben der Lieferant in Anspruch genommen werde. Alle diesem Erfordernisse nicht entsprechende Beanstandungen wird der Richter als nicht „ordnungsgemäss" bezeichnen und die Klage schon deswegen a limine abweisen. Anders beim bürgerlichen Kauf, beim Verkehr zwischen Privaten. Hier hat zunächst der Richter kein „Unverzüglich" der Anzeige zu prüfen, sodann ist der Begriff der „Ordnungsmässigkeit" derselben ein mehr verschwommener; der Richter wird den Käufer mit seiner Klage nicht gleich abweisen, wenn dieser vielleicht in mehreren Schreiben an den Verkäufer seinem Missvergnügen mit der vertragswidrigen Beschaffenheit der gelieferten Sache Ausdruck gegeben hat und dann zuletzt zu erkennen gibt, dass er Wandelung oder Minderung u. s. w. verlange. Für einen Kaufmann wäre das keine „ordnungsmässige" Reklamation, aber bei einem Privaten wird man dieses Erfordernis, das durch Treu und Glauben innerhalb gewisser Grenzen natürlich auch geboten ist, nicht so hoch spannen, sondern unter Umständen blosse

Ausdrücke der Unzufriedenheit mit der Ware genügen lassen können.

Wie bei der Untersuchungs- und Rügepflicht, ist auch bei der Verjährungsfrist für die Gewährschaftsrechte eine vertragsmässige Abänderung derselben nach beiden Seiten hin zulässig d. h. die 6monatige Frist kann verkürzt und verlängert werden.[1] Eine solche Verlängerung liegt z, B. in der im Handelsverkehre sehr häufig vorkommenden Garantieübernahme für gewisse Eigenschaften der Ware. In einem solchen Falle kann der Käufer — das gilt auch für den einseitigen Handelskauf — innerhalb der Garantiefrist auch noch nach Ablauf der 6 Monate den Verkäufer wegen Mangel in Anspruch nehmen, deren Nichtvorhandensein er garantiert hatte. Bei solchen Verlängerungen der 6monatigen Verjährungsfrist fragt es sich nun, wie weit diese Verlängerung über die 6 Monate hinaus gehen könne, ob hier eine bestimmte Grenze vorhanden oder durch § 477 Abs. I Satz 2 BGB. eine unbeschränkte Verlängerung ermöglicht sei. Diese Frage wird in der Litteratur sehr verschieden beantwortet. Fischer-Henle z. B, und ebenso Planck in ihren Kommentaren zum BGB. entscheiden sich für eine unbegrenzte Verlängerungsmöglichkeit, während z. B. Oertmann in seinem Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse gegenteiliger Ansicht ist.[2] Ans der Judikatur besagt eine ältere Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts,[3] dass ein gänzlicher

1) BGB. §§ 477II, 225.
2) Zu § 477.
3) ROHG. XXIII, 91.

Ausschuss der Verjährungsfristen gestattet sei. Dieser Entscheidung möchte ich mich nicht anschliessen. Zwar erscheint es auf den ersten Blick sonderbar, wenn man § 477[1,2], der nichts von einer Einschränkung der Verlängerungsmöglichkeit ausdrückt, sondern unklausiliert bestimmt, dass die Verjährungsfrist durch Vertrag verlängert werden könne, dahin auslegen wollte, dass man sagt, eine bestimmte Grenze bestehe doch. Wenn man aber zunächst den Zweck ins Auge fasst, den das Rechtsinstitut der Verjährung verfolgt, so wird man eine solche Interpretation zum mindesten für sehr wohl möglich, wenn nicht für allein richtig ansehen müssen. Eine besonders hohe Bedeutung hat die Verjährung für den Handelsverkehr mit seinem schnellen Güterumlauf. Heute erwirbt der Käufer eine Ware, und nach einigen Wochen hat sie ihren Eigentümer schon wieder unzählige Male gewechselt. Die Unsicherheit der Rechts- und Geschäftslage des Verkäufers, welche bei unbeschränkter Verlängerungsmöglichkeit geradezu perpetuiert würde, und die Schwierigkeit bei einer etwaigen Beweiserbringung würden beim Handelskauf weit schärfer hervortreten als beim bürgerlichen Kauf, sodass bei ihm gar kein Interesse an einer solchen unbeschränkten Verlängerungsmöglichkeit vorliegt. Sodann ist aber zu bemerken, dass § 225 BGB. von einem gänzlichen Ausschluss und ausserdem von einer Erschwerung d. h. einer Verlängerung der Verjährungsfristen redet, während § 477[1,1] nur von einer Verlängerungsmöglichkeit derselben spricht und nur eine solche zulässt. Aus der Nichterwähnung der Ausschlussmöglichkeit ergiebt sich, dass den Parteien eine

solche nicht zustehen soll. Es fragt sich nun, wo liegt die Grenze, auf wie viele Jahre kann die 6monatige Verjährungsfrist verlängert werden? Sehen wir uns einmal in der Praxis um, so werden wir bemerken, dass im gewöhnlichen Handelsverkehre im allgemeinen nur Verlängerungen auf 1 Jahr, 3, 10 höchstens 20 Jahre vorkommen. Längere Fristen werden einem schwerlich aufstossen, sie sind auch von keiner praktischen Wichtigkeit mehr, zum mindesten nicht für den Handel. Wenn wir im bürgerlichen Recht nach einer Grenze zwischen verjährbaren und nicht verjährbaren Ansprüchen suchen, so finden wir als Grenze die allgemeine 30jährige Verjährung,[1] sie ist die längste Frist, in der Ansprüche verjähren können, was darüber hinaus liegt, gilt als unverjährbar.

Auf Grund der gepflogenen Erörterungen werden wir daher auch für die Gewährschaftsrechte die Verlängerungsmöglichkeit auf 30 Jahre beschränken müssen, weil sonst tatsächlich die Möglichkeit gegeben wäre, die Verjährung gänzlich auszuschliessen, was dem ausdrücklichen Ausschlussverbot des § 225 BGB. direkt entgegen und für den Handel von gar keinem Interesse sein würde. Bei dieser Auslegung des § 479 [1, 2] dürften sich weder rechtliche noch praktische Bedenken ergeben.

§ 25.

Dolus des Verkäufers.

Der Unterschied zwischen Handelskauf und bürgerlichem Kauf verwischt sich, wenn der Verkäufer Mängel

1) BGB. § 195.

arglistig[1] verschwiegen hat und wegen dieser nun Rechte geltend gemacht werden; hier zessiert die ordnungsmässige und unverzügliche Rügepflicht, der Käufer kann in diesem Falle seine Rechte wahrnehmen, auch wenn er diesen Pflichten nicht nachgekommen ist. Der dolus und das Unterlassen der Untersuchung und Anzeige der betreffenden Mängel müssen natürlich in einem ursächlichen Zusammenhang stehen. Grade weil sich der Verkäufer bezüglich gewisser Eigenschaften einen dolus hat zu Schulden kommen lassen und der Käufer auf das Vorhandensein gewisser Eigenschaften resp. Nichtvorhandensein gewisser Fehler baute, grade deshalb muss er eine Untersuchung und Anzeige nach § 377 HGB. unterlassen haben.[2] Nicht kommt der dolus des Verkäufers für den Käufer als Entschuldigungsgrund in Betracht, wenn er nur aus Nachlässigkeit eine unverzügliche Rüge unterlassen hat.

§ 26.

Börsentermingeschäfte.

Eine weitere Besonderheit im Gebiete des Handelskaufes gegenüber dem bürgerlichen Kauf und dem Handelskauf im weiteren Sinne findet sich beim (offiziellen) Börsentermingeschäft. Dieses ist ein Kauf- oder ein sonstiges Anschaffungsgeschäft auf eine fest

1) Über den Begriff des arglistigen Verschweigens vgl. ROHG. II, 192; IV, 49; V, 323; RG. I, 300; Bolze, IV, Nr. 714; ZHR. XXXX, 514; Staub II, 1373/4.

2) Reichsgericht vom 21. 9. 1897 in der Juristischen Wochenschr. S. 549 u. OLG. Dresdan im „Sächsischen Archiv" V, 810.

bestimmte Lieferungsfrist, wenn es nach Geschäftsbedingungen geschlossen wird, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt.[1] Börsentermingeschäfte dürfen nicht in allen Waren oder Wertpapieren abgeschlossen werden; ausgenommen[2] sind nämlich Kammzug, Getreide, Mühlenfabrikate, Kuxe, Fabrikaktien und Anteilscheine solcher Erwerbsgesellschaften, deren an der betreffenden Börse zugelassenes Kapital 20 Millionen Mark nicht übersteigt. Der Käufer hat auch hier eine unverzügliche Rügepflicht, aber als Folge der rechtzeitigen Reklamation sind ihm nicht bloss die Gewährschaftsrechte gegeben, sondern § 53 des Börsengesetzes bestimmt, dass der Verkäufer, sofern er nach erfolgter Kündigung (Ankündigung) eine unkontraktliche Ware liefert, in Erfüllungsverzug gerät, auch wenn die Lieferungsfrist noch nicht abgelaufen war. Der Käufer hat also ausserdem die Rechte, die sich aus Erfüllungsverzug beim Kauf ergeben.

§ 27.

Verschiedenes.

Bezüglich des Kaufes nach Probe ist nichts Besonderes anzuführen, er unterfällt den dargestellten Normen ohne Ausnahme. Auch beim Kauf auf Probe ergeben sich keine Abweichungen; hinzuweisen wäre

1) Börsengesetz vom 22. 6. 1896 § 84.

2) eod. § 50 u. Bekanntmachung des Bundesrates vom 20. 4. 1899 (RG. Bl. 266).

vielleicht noch darauf, dass mit dem Zeitpunkt, wo der Kauf durch Genehmigung des Käufers als unbedingt gilt, für diesen keine Möglichkeit mehr besteht, offenbare Mängel d. h. solche, die durch ordnungsmässige Untersuchung während der Probezeit hätten entdeckt werden können, zu rügen, da er hierzu während der Probezeit verpflichtet war und durch seine Erklärung, dass er die Ware endgültig behalten wolle, ausspricht, dass er sich mit ihrer derzeitigen Beschaffenheit einverstanden erkläre. Heimliche Mängel können natürlich auch noch später, wenn nur innerhalb der Verjährungsfrist, gerügt werden.

§ 28.

Der Handelsviehkauf.

Der Handelskauf in Vieh unterliegt gleichfalls den bisher dargelegten Vorschriften. Eine Sonderstellung nehmen nur die in § 481 BGB. aufgezählten und auch im bürgerlichen Recht besondern Vorschriften unterworfenen Tiere ein. (Pferde, Esel, Maulesel, Maultiere, Rindvieh, Schafe und Schweine.) Für das alte Handelsgesetzbuch galt nach der herrschenden Meinung, dass die Vorschriften über Handelskauf allgemein auch für den Kauf von Tieren gälten, es sei denn dass in dem betreffenden Bundesstaate für gewisse Tiere besondere Vorschriften aufgestellt seien.[1]

HGB.[2] § 382 nimmt den Kauf der in § 481 BGB.

1) Vgl. die sehr ausführliche Entscheidung des III. Senats des ROHG. vom 26. 6. 1879 (ROHG. XXV, 231—236); Prot. ADHG. S. 1384; Gareis, D. St. S. 179; Puchelt, S. 196; v. Hahn II, S. 293 § 4; Hanaus, I, 238.

genannten Tiere ausdrücklich von den Bestimmungen des Handelskaufes aus, doch nur bezüglich derjenigen Fragen, welche in BGB. §§ 481—492 geregelt sind. Was nicht in diese Materie gehört, unterliegt den allgemeinen Bestimmungen über Handelskauf. Da nun die genannten §§ nur eine ausschliessliche gesetzliche Haftung wegen gewisser (Haupt-) Mängel festsetzen und die Frist ihrer Geltendmachung bestimmen, so ergiebt sich als endgültiges Resultat, dass für den Handelskauf dieser Tiere nur die sofortige Untersuchungs- und Anzeigepflicht bei Hauptmängeln fort fällt — das ist der Hauptzweck, den man mit dem Ausnamheparagraphen erreichen wollte — während im übrigen die Spezialparagraphen über Handelskauf Anwendung finden. An Stelle der nach einer ordnungsmässigen Untersuchung zu berechnenden Frist sind die kurzen Gewährfristen der in Ausführung des § 482 BGB. ergangenen Kaiserlichen Verordnung vom 27. März 1899 getreten, welche in vielen Fällen tatsächlich keine Abweichung darstellen, sondern nur nominell, da sie zum Teil sehr kurz sind und daher meistens grade ausreichen werden, eine „orungsmässige Untersuchung" durchzuführen und die Mängelanzeige unverzüglich zu erstatten. Der Unterschied ist nur der, dass die Gewährfristen des Viehkaufes ziffermässig absolut bestimmt sind, während sich die Fristen bei der Rügepflicht nur für jeden einzelnen Fall berechnen lassen und recht verschieden ausfallen können.

Als Besonderheit für den Viehkauf, wenn er ein Handelskauf ist, ergibt sich demnach, dass die Vorschriften des HBG.s §§ 373, 376, die für das vor-

liegende Thema aber nicht in Betracht hommen, ferner §§ 378, 379 Anwendung finden. Es verbleibt dem Käufer somit die unverzügliche Rügepflicht, wenn andere Tiere, als bedungen war, oder eine andere Menge von Tieren geliefert ist. Hier hat die Beanstandung des aliud oder der anderen Quantität unverzüglich nach den Vorschriften bes § 377 HGB.» zu erfolgen. Auch die Pflicht zur Aufbewahrung und ordnungsmässigen Unterbringung, Fütterung und Pflege der Tiere hat der Käufer in allen Fällen; andererseits kann er bei Vorliegen der nach § 379[11] HGB.» erforderlichen Voraussetzungen von dem dort gegebenen Nothilfeverkaufsrecht Gebrauch machen. In einem weiteren Falle tritt die unverzügliche Rügepflicht des Verkäufers wieder ein, wenn nämlich die Haftung auch noch für andere als die Hauptmängel vom Verkäufer übernommen und keine besondere Gewährfrist ausgemacht ist, durch die sich der Käufer einer unverzüglichen Untersuchungs- uud Anzeigepflicht entledigt hätte. Auch hier hat der Käufer unverzüglich zu untersuchen und zu rügen, als wenn es sich um eine gewöhnliche Ware handelte; denn die kurzen Gewährsfristen gelten ja nur für die bestimmten in der Kaiserlichen Verordnung vom 27. 3. 1899 aufgezählten Hauptmängel, sodass der Handel der in § 481 BGB. genannten Tiere bezüglich aller übrigen Mängel den allgemeinen Vorschriften unterliegt, andere als die erwähnten oder aus dem allgemeinen Charakter des Handelskauf sich ergebenden Besonderheiten gegenüber dem Viehkauf nach bürgerlichem Recht sind also nicht zu erwähnen.

C. Schluss.

Die Rügepflicht bei der Einkaufskommission.

Betreffs der Einkaufskommission hat HGB.$_2$ § 391 eine Streitfrage[1] des alten Handesgesetzbuches, ob die Rüge-, Aufbewahrungspflicht und das Selbsthilfeverkaufsrecht auch bei dieser gelten, endgültig beseitigt, indem es ausdrücklich bestimmt, dass Kommittent und Kommissionär sich in Hinsicht auf die §§ 377 - 379 HGB.$_2$ gegenüberstehen sollen wie Käufer und Verkäufer beim Handelskauf, wenn die Einhaufskommission für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Es kommt hier also nur auf das Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär an.

Der Kommittent darf sich nicht allein darauf verlassen, dass sein Kommissionär ja verpflichtet ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beim Einkauf zu verfahren und seine, des Auftraggebers, Rechte und Interessen wahrzunehmen, daher also auch, wenn der Drittverkäufer Kaufmann, ist, für unverzügliche Untersuchung und Rüge zu sorgen. Der

1) Vgl. Hanaus. I, 201 und die dort angeführte Litteratur. ROHG. XXV, 214; IV, 338.

Kommittent hat die Pflicht, selbst unverzüglich nach Übergang der Ware in seine Verfügungsgewalt entsprechend § 377 HGB.$_2$ zu rügen, widrigenfalls er seine aus der Mangelhaftigkeit der eingekauften Ware ihm gegen den Kommissionär zustehenden Rechte verliert, da dieser sich nunmehr allen Ansprüchen entziehen kann. HGB. § 391 erwähnt noch, dass der Kommissionär unter allen Umständen, selbst wenn der Kommittent der ihm nach § 377, 391 zustehenden Pflicht nicht nachgekommen ist, diesem die Ansprüche abtreten muss, welche er selbst gegen den Dritten erworben hat. Wie nun aber, wenn er es schuldhaft versäumt hat, die Ware zu untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich zu rügen, sodass er gar keine Rechte gegen den Dritten erworben hat und daher auch keine abtreten kann, und andererseits der Kommittent die ihm zustehende Rügepflicht gegenüber dem Kommissionär nicht befolgt hat? Ist in diesem Falle der Kommissionär schadensersatzpflichtig, wo doch eigentlich der Kommittent durch das Unterlassen einer rechtzeitigen Mängelanzeige das Präjudiz der Genehmigung der Ware und somit den Untergang seiner Rechte gegen den Kommissionär herbeigeführt hat, und soll man den Schadensersatzanspruch als einen integrierenden Teil des Rechts auf Abtretung dieser Ansprüche des Kommissionärs gegen den Drittverkäufer, als das durch § 391 HGB.$_2$ mit ergriffene Surrogat dieser Reche auffassen?

Aus der hier vorliegenden Frage scheiden natürlich alle diejenigen Ansprüche aus, die nicht auf der Rügepflicht, auf der Beanstandung wegen eines Qualitäts-

mangels, und was dem gleichsteht, basieren, wie Rechte gegen den Frachtführer u. s. w. Zur Beantwortung der obigen Frage ist eine Zweiteilung zu machen in diejenigen Rechte, welche der Kommissionär hat aus der Reklamation gegen den Drittverkäufer, deren Übertragung der Kommittent immer verlangen kann, und ferner in diejenigen Rechte, die der Kommittent gegen den Kommissionär in specie hat, die nicht herrühren aus einem auf der Rüge begründeten Anspruche des Kommissionärs gegen den Dritten.

Bezüglich der Rechte dieser letzten Gruppe verschweigt sich der Kommittent endgültig durch das Unterlassen einer rechtzeitigen Mängelanzeige. Die Rechte aus der ersten Gruppe sollen aber unter allen Umständen dem Kommittenten erhalten bleiben, selbst wenn er der ihm zustehenden Rügepflicht gegenüber dem Kommissionar nicht rechtzeitig nachgekommen wäre.[1]

Unter welche der beiden Gruppen fällt nun aber der Schadensersatzanspruch? Genau passt er in keinen der beiden aufgestellten Rahmen hinein; aber zum grösseren Teile würde er doch unter den zweiten fallen, welcher die Rechte des Kommittenten speziell gegen den Kommissionär enthält, und er würde daher durch nicht rechtzeitige Rüge seitens des Kommittenten verloren sein. Dieses Resultat würde auch dem praktischen Bedürfnisse einer möglichst schnellen und endgültigen Erledigung kaufmännischer Geschäfte entsprechen, was ja auch das Gesetz in diesem Falle anstrebt, indem es dem Kommittenten den Vorschriften der §§ 377—379

1) HGB.$_2$ § 391.

HGB.[2] unterwirft.[1] Andrerseits ist nicht zu leugnen, dass auch die entgegengesetzte Meinung durchaus nicht verworfen werden kann;[2] denn § 391[2] will dem Kommittenten unter allen Umständen, selbst wenn er schuldhaft seine Anzeigepflicht verletzt,[3] die Rechte erhalten, welche infolge mangelhafter Lieferung seitens des verkaufenden Dritten dem Kommissionär durch seine Rüge entstanden sind. Durch diese ausdrückliche Hervorhebung wird dem Kommissionär seine Pflicht zur ordnungsmässigen Untersuchung und Rüge noch besonders verschärft der Art, dass unter allen Umständen an Stelle nicht gewahrter Rechte eine Schadensersatzpflicht tritt, die nicht herausgelöst werden kann aus dem priviligierten Anspruch des Kommittenten, der als Surrogat desselben, wie oben schon bemerkt, einen integrierenden Teil dieser Gruppe von Rechten bildet.

Etwas gezwungen sind beide Schlüsse, doch lässt sich der zuerst erwähnte, als dem praktischen Bedürfnis am meisten entgegen kommend, noch eher halten als der letztere.

Auf den Verkaufskommissionär findet die Rügepflicht keine Anwendung, da er ja die Ware nicht für

---

1) Diese Ansicht wird vertreten von Lehmann-R., S. 230 u. Stübel im Sächsischen Archiv X, 454,

2) So Staub II, 1444; leider ohne Begründung seines Standpunktes.

3) § 391 Satz 2 spricht nur von „nicht rechtzeitiger Anzeige". Dieser Fall wird immer vorliegen; denn dass der Kommittent überhaupt nicht rügt kann garnicht vorkommen, weil er spätestens mit dem Verlangen um Abtretung der Ansprüche gegen den Dritten eine Rüge vorbringen wird.

eigene Rechnung in Empfang nimmt, sondern nur Beauftragter des Geschäftsherrn ist. Machen Einkaufs- und Verkaufskommissionär von ihrem Selbsteintrittsrechte Gebrauch, so unterliegen sie, wenn die Kommissionsübernahme auch für sie ein Handelsgeschäft ist, den bisher dargelegten Bestimmungen unmittelbar als Kaufleute, als Verkäufer resp. Käufer.